

THÈSE DE
PARIS.

1883

N^o. 97.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU
PACTE DE NON PETENDO
EN DROIT ROMAIN
—
DES
PARTAGES D'ASCENDANTS
EN DROIT FRANÇAIS
—

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Louis MORISSON DE LA BASSETIÈRE

Avocat à la Cour d'appel de Paris

—
PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22
—

1883



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546327_0010

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU PACTE DE NON PETENDO

EN DROIT ROMAIN

DES PARTAGES D'ASCENDANTS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Jeudi
5 Avril 1883, à une heure*

PAR

Louis MORISSON DE LA BASSETIÈRE

Avocat à la Cour d'appel de Paris

PRÉSIDENT : M. DESJARDINS

SUFFRAGANTS	{	MM. VUATRIN	}	PROFESSEURS
		BUFNOIR		
		JOBÉ-DUVAL	}	AGRÉGÉS
		LARNAUDE		

*Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront
faites sur les autres matières de l'enseignement*

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1883



DROIT ROMAIN

DU PACTE

DE NON PETENDO

DROIT ROMAIN.

DU PACTE DE NON PETENDO.

1. — Le droit civil romain ne reconnaissait pas, en principe du moins, au simple consentement des parties, le pouvoir de former ou de dissoudre les obligations. L'emploi d'un mode strictement déterminé était nécessaire pour donner naissance à un acte juridique. Ce rigorisme doit paraître à ceux qui vivent sous le principe de la liberté des conventions fort dur et fort incommode. Il n'a pas assez de souplesse, pas assez de rapidité pour se plier aux exigences des affaires courantes; il expose les citoyens, et principalement ceux qui sont peu éclairés, à perdre un droit incontestable, à ne pas réaliser une aliénation, à manquer la formation d'un contrat par suite de la simple omission d'un mot dans la formule. Il a aussi ses avantages, surtout dans les premiers siècles de la formation d'un peuple. Il empêche que les conventions ne soient conclues à la légère. Exiger des formes, c'est éveiller l'attention des parties. Et puis aussi le rôle du juge romain était rendu par là plus facile :

il n'avait pas à rechercher quelle avait pu être l'intention des parties ; les paroles prononcées, l'écrit dressé lui suffisaient pour dicter sa décision. La forme est le sceau de la volonté juridique arrêtée.

2. — Ce formalisme reçut plusieurs atteintes.

Le droit civil reconnu au simple consentement le pouvoir de donner naissance à quatre contrats, appelés pour cela contrats consensuels : la vente, le louage, la société et le mandat. Ce sont justement les contrats les plus usuels, ceux qui se prêtent le plus aux opérations du commerce. Et comme à Rome *omnia quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*, leur extinction put aussi avoir lieu par le même procédé, pourvu du moins qu'ils n'eussent encore reçu aucun commencement d'exécution. Il permit d'éteindre par simple pacte les actions *furti* et *injuriarum*. Il fit valoir les pactes adjoints *in continenti* aux contrats de bonne foi par l'action même de ces contrats, et il sanctionna quelques-uns de ceux adjoints *in continenti* à une dation.

Quelques conventions particulières furent, à partir d'une certaine époque, munies d'actions par des constitutions impériales : elles ont reçu le nom de pactes légitimes.

Le prêteur créa des actions pour faire valoir les pactes de constitut et de serment. Il fit aussi respecter le *receptum arbitrii*, convention par laquelle une personne s'engage envers d'autres à leur servir d'arbitre (1).

(1) Par quels moyens ? Au moyen d'une action *in factum*, disent quelques commentateurs. On ne la trouve nulle part indiquée. La L. 15, *De receptis*, indique que le prêteur forcera l'arbitre à exécuter son engagement. Et la L. 32, § 12, lui inflige une amende au cas où il voudrait se dérober à son engagement.

Ces exceptions laissaient subsister la règle générale. Toutes les autres conventions restaient impuissantes à former et à éteindre l'obligation. Nous n'avons pas à rechercher ici si elles pouvaient engendrer une obligation naturelle : nous le croyons, dans le dernier état du droit romain tout au moins. Cela ne portait aucune atteinte à notre règle, puisque les parties ne possédaient aucun moyen de la faire valoir.

3. — Mais voici que le préteur dit dans son édit : « Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo. » Quels seront ses moyens de sanction? L'exception : désormais *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*. Cela suppose donc un pacte conclu dans l'intérêt du défendeur, un pacte tendant à éteindre ou à diminuer l'obligation, en un mot, un pacte *de non petendo*. Le pacte tendant à créer l'obligation seul reste sans sanction. A la vérité, il pourra arriver quelquefois que la consécration des conventions par voie d'exception aboutisse à la consécration d'un tel pacte. Supposons que celui qui est créancier en vertu d'une simple convention, devienne à son tour débiteur de son débiteur; s'il est poursuivi pour toute sa dette, sans déduction de ce qui lui est dû, il opposera l'exception de compensation. Mais le but principal, sinon unique, de l'édit du préteur, est de faire respecter le pacte *de non petendo*. Il n'est même pas bien certain qu'il ait songé à l'hypothèse de la compensation, d'autant plus qu'alors les cas de compensation étaient très-rares, puisqu'elle n'avait jamais lieu que dans les actions de bonne foi, et *ex eadem causa*.

Comment le préteur a-t-il osé poser sa règle *nuda pactio parit exceptionem*, en face de la règle du droit civil *ex pacto actio non tollitur*? C'est qu'il ne contre-disait pas ouvertement le droit civil : il ne faisait que le corriger. Il ne refusait pas l'action, n'annulait pas l'obligation, mais il en paralysait les effets par le moyen d'une exception. La sanction donnée par le préteur au pacte *de non petendo*, n'est, du reste, qu'une application de la protection qu'il accordait depuis longtemps en matière de dol. Très-souvent l'exception *doli* fonctionne pour l'exception *pacti*, et *vice versa*.

4. — On peut définir le pacte *de non petendo*, une convention par laquelle le créancier fait remise au débiteur de son obligation, soit en totalité, soit en partie, ou lui accorde un terme pour se libérer.

Nous diviserons notre matière en six chapitres. Nous verrons d'abord les différentes espèces de pactes *de non petendo*, puis par qui et à qui ils peuvent être consentis, quels effets ils produisent, les règles particulières au pacte accordé au débiteur par la majorité des créanciers, les cas où le pacte opère *ipso jure*, et nous terminerons par la comparaison du pacte *de non petendo* avec l'acceptilation.

CHAPITRE PREMIER.

Division des pactes de non petendo.

Nous distinguerons les pactes en :

Pactes *in rem* ou *in personam*,
Pactes exprès ou tacites,
Pactes de remises définitifs ou *ad tempus*,
Pactes à titre onéreux ou à titre gratuit.

§ 1.

Pactes IN REM ou IN PERSONAM.

5. — Le pacte est dit *in rem* quand, dans l'intention des parties, il est destiné à produire son effet, non à l'égard d'une ou de plusieurs personnes déterminées, mais d'une façon générale, à l'égard de la créance telle qu'elle se comporte.

Il est dit *in personam* quand il ne doit produire son effet qu'à l'égard de certaines personnes déterminées.

Ulpien l'explique clairement dans la L. 7, § 8, *De pactis* : « In rem sunt, quoties generaliter pasciscor, ne petam : in personam, quoties ne a persona petam,

id est ne a Lucio Titio petam. Utrum autem in rem, an in personam pactum factum est non minus ex verbis quam ex mente convenientium æstimandum est : plerumque enim (ut et Pedius ait) persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum factum est. »

On doit donc avant tout consulter l'intention des parties. Souvent le nom d'une personne est mis pour indiquer avec qui le pacte a été conclu, et non pour en restreindre les effets à cette personne. C'est ainsi que le pacte *profiteor te non teneri* est un pacte *in rem*, suivant Papinien, et qu'il pourra être invoqué par les héritiers du débiteur, parce que, en général, nous traitons pour nous et nos héritiers (L. 40).

6. — La distinction des pactes en pactes *in rem* et *in personam* a lieu aussi bien à l'égard des personnes auxquelles le pacte peut être opposé, qu'à l'égard des personnes qui peuvent l'invoquer.

7. — Il peut arriver que le même pacte soit à la fois *in rem* et *in personam*, suivant qu'on se place au point de vue du débiteur ou du créancier. Florentinus nous en donne un exemple dans la L. 57, § 1 : « Si ex altera parte in rem, ex altera in personam pactum conceptum fuerit, veluti ne ego petam, vel ne a te petatur : heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit, et ab herede tuo omnes petere poterimus. » Dans la première hypothèse, le pacte étant personnel au créancier, ses héritiers pourront poursuivre le paiement de la créance ; dans la seconde, le débiteur seul a obtenu remise de la dette, et on pourra la réclamer à ses héritiers.

§ 2.

Pactes DE NON PETENDO exprès ou tacites.

8. — Le pacte *de non petendo* n'est assujetti à aucune forme rigoureuse. Il peut être fait par paroles ou par écrit, dans les termes qui plaisent aux parties. Toutes les fois que la renonciation du créancier à poursuivre est formellement déclarée, le pacte est exprès. Mais cette expression n'est nullement nécessaire à sa formation. Il peut aussi résulter de certaines circonstances, de certains actes qui en font présumer l'existence. C'est alors un pacte *de non petendo* tacite.

9. — On verra une renonciation tacite du créancier dans le fait de remettre au débiteur l'écrit constatant l'obligation. « Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem : profuturamque ei conventionis exceptionem placuit (L. 2, § 1). » Toutefois pour cela il faudra que la remise ait été volontaire et définitive (L. 15, C. *De solut.*).

10. — La remise tacite de la dette emporte en même temps la remise de l'hypothèque ou du gage qui la garantissait (L. 7, C. *De remis. pign.*). Car l'accessoire de la dette ne doit pas survivre à celle-ci.

11. — Mais la remise du gage ou de l'hypothèque n'entraîne pas celle de la dette : le créancier en pourra réclamer le paiement, à moins qu'il ne résulte des cir-

constances que son intention ait été de renoncer à la créance (L. 3).

Cette différence est facile à expliquer. En abandonnant son titre, sa seule preuve souvent, en tous cas sa meilleure, le créancier montre bien qu'il renonce à son droit. En remettant, au contraire, le gage au débiteur ou au tiers qui l'a fourni, rien n'indique qu'il renonce à sa créance; il s'en remet seulement à la solvabilité personnelle de son débiteur.

12. — Celui qui restait de longues années sans toucher ses intérêts était censé en faire remise. « Parum juste præteritas usuras petis quas omisisse te longi temporis intervallum indicat (L. 17, § 1, *De usur. et fruct.*). »

13. — Et celui qui, à l'inverse, avait reçu par avance les intérêts de son capital, consentait par là à le laisser entre les mains de son débiteur pendant le laps de temps suffisant pour produire rationnellement ces intérêts (L. 57, pr.).

14. — Un grand nombre d'actes du droit civil renferment implicitement un pacte *de non petendo*. Ainsi un exemple de pacte *de non petendo* tacite nous est fourni, dit Paul, par la stipulation à titre de dot; car, avant le mariage, le montant de la dot ne peut pas être réclamé, absolument comme si cela avait été exprimé; et si le mariage n'a pas lieu, la stipulation s'évanouit de plein droit (L. 4, § 2). Paul suppose une promesse de dot pure et simple, sans l'adjonction des mots *si nuptiæ sequantur*. Elle n'en contient pas moins cette condition suspensive tacite. L'action ne pourra être exercée que lorsque le

mariage sera conclu : le fiancé qui agirait auparavant serait repoussé de plein droit (L. 21 et 41, § 1, *De jure dot.*). Il n'y aura pas besoin de recourir à l'exception *pacti*, le droit civil sanctionnant cette condition suspensive implicite. Paul cite cet exemple dans le titre *De pactis* parce qu'il y a là, comme au fond de toute condition suspensive d'ailleurs, un pacte *de non petendo* tacite.

15. — Nous trouvons aussi un pacte *de non petendo* tacite dans le paiement, l'acceptilation, la novation.

16. — L'acceptilation était assujettie par le droit civil à certaines conditions précises et indispensables à sa validité. La nullité pouvait tenir à quatre causes différentes : 1° à sa forme; 2° à l'espèce d'obligation qu'elle avait pour but d'éteindre : elle ne pouvait s'appliquer qu'à une obligation née *verbis*; 3° à l'insertion d'une modalité dans sa formule; 4° à l'incapacité des parties.

Nulle en droit civil, elle permettra au moins au débiteur de repousser l'action de son créancier au moyen de l'exception de pacte. « Si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur, ne peteretur (L. 27, § 9). »

Pour donner naissance à un pacte, il suffit en effet de l'intention des parties : on ne recherche jamais la forme qu'elle a pu revêtir.

Ainsi donc, si les parties ont voulu éteindre par l'acceptilation une obligation née *re*, elle subsistera néanmoins en droit civil, mais le débiteur sera protégé au moyen de l'exception. « Si accepto latum fuerit ei qui non verbis, sed re obligatus est : non liberatur quidem, sed exceptione doli mali, vel pacti conventi se tueri potest (L. 19, *De acceptil.*). » Nous savons que les con-

trats nés *consensu* peuvent être anéantis *mutuo dissensu*, pourvu toutefois qu'ils n'aient encore reçu aucun commencement d'exécution. Appliquée à un contrat consensuel non encore exécuté, l'acceptilation, contenant un *mutuus dissensus*, agirait *ipso jure*, et éteindrait les deux obligations à la fois, bien qu'elle n'ait été faite que par un seul des contractants. « Cum emptor venditori, vel emptori venditor, acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur, et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos ut neuter ab altero quicquam peteret; sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet (L. 5, pr. *De rescind. vend.* — L. 23, *De accept.*). » Si le contrat avait déjà reçu quelque exécution, l'acceptilation ne fournirait plus qu'une exception à celle des parties qui l'aurait obtenue.

L'acceptilation exige une capacité spéciale. Bien plus étroite que le pacte *de non petendo*, elle ne peut être faite par une personne sourde ou muette, par un mandataire, à moins qu'il ne la fasse précéder d'une novation; elle ne peut jamais non plus être consentie par un *filius-familias* ou un esclave même *jussu patrisfamilias*, alors que le *jussus* leur permettrait très-bien d'accorder une remise. Intervenue dans ces circonstances, elle agira encore comme un simple pacte *de non petendo*.

L'emploi d'une formule non juridique, l'insertion d'une modalité dans l'acceptilation lui enlèvera son caractère, la fera dégénérer en pacte *de non petendo*.

Dans toutes ces hypothèses donc il y a un pacte *de non petendo* tacite, parfaitement valable. L'intention des parties suffit toujours, en effet, pour lui donner naissance.

Mais si l'intention suffit, elle est évidemment nécessaire. « An inutilis acceptilatio utile habeat pactum quaeritur? Et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum, » dit Ulpien, dans L. 8, pr. *De accept.* Sans doute, l'hypothèse où la volonté de conclure une remise aura manqué aux parties sera bien rare, mais Ulpien nous en fournit une espèce : un créancier rusé et prudent fait avec son débiteur une acceptilation qu'il sait devoir être nulle; il n'y aura pas de pacte *de non petendo*.

17. — La novation, ayant pour but d'éteindre une obligation antérieure et de la remplacer par une autre, comprend nécessairement une remise de dette tacite. La nouvelle créance doit naître *ex stipulatu* : un esclave ne pourrait donc pas jouer le rôle de promettant dans une novation. L'ancienne créance n'est éteinte que si la novation donne naissance à une nouvelle; autrement son extinction n'aurait pas de cause. Elle ne serait même pas paralysée par une exception de pacte, car on ne saurait, en général du moins, considérer l'ancien créancier comme ayant voulu faire une remise pure et simple à son débiteur. Il pourrait cependant se présenter certaines espèces où il en serait différemment. Supposons qu'un esclave ait dans une novation pris à sa charge l'obligation de Titius : celui-ci ne sera pas évidemment libéré de plein droit, car la novation est nulle; mais le prêteur lui accordera quelquefois une exception *pacti*. Il faudra pour cela que le créancier ait agi en connaissance de cause et qu'il puisse poursuivre *de peculio* le maître de l'esclave. Cela aura lieu « si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est : id est, si justam causam intercedendi servus habuit : quia forte

tantamdem pecuniam Titio debuit. Quod si quasi fidejussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur, non est inhibendum creditorem, quo minùs a Titio petat. Æque nullo modo prohiberi eum debere, si eum servum liberum esse credidisset (L. 30, § 1). » Le créancier aurait mauvaise grâce à se plaindre puisque le droit prétorien lui donne le moyen d'obtenir du maître de l'esclave ce que celui-ci lui a promis. Encore faut-il pour que son ancienne action soit ainsi paralysée, qu'il ait su, comme le texte l'indique, traiter avec un esclave : autrement son but ne serait plus atteint puisqu'il voulait avoir le promettant pour débiteur personnel.

Dans le § 2 de cette même L. 30, Gaius nous dit qu'en cas de novation conditionnelle, c'est-à-dire au cas où l'ancienne dette aurait été remplacée par une dette conditionnelle, l'ancienne dette continuerait à être due si la condition venait à défaillir, sans que le débiteur pût même appeler à son secours l'exception *pacti*. Car il est probable que l'intention des parties était que la première obligation reçût son exécution dans l'hypothèse où la seconde ne se formerait pas. Les jurisconsultes admettaient cette décision lorsque la novation n'avait pas eu lieu *inter easdem personas*; ils la rejetaient au contraire, pour la plupart, et Gaius lui-même semble de cet avis (Gaius, CIII, § 179), quand elle intervenait entre le même créancier et le même débiteur : il était vraisemblable, en effet, qu'ils avaient voulu substituer une obligation conditionnelle à une obligation pure et simple, un alea à une certitude ⁽¹⁾. Dans cette hypothèse

⁽¹⁾ Paul dans L. 60, § 1 : *De condict. indeb.*, nous montre bien que cette opinion prévalait, puisqu'en refusant la *condictio indebiti* au débiteur qui avait payé toute suite dans l'hypothèse qui nous

une exception *pacti* ou *doli* était accordée au débiteur pour repousser l'action primitive du créancier. La novation conditionnelle *inter easdem personas* nous fournit donc encore un exemple de pacte *de non petendo* tacite, mentionné seulement par le préteur.

§ 3.

Pactes DE NON PETENDO définitifs ou AD TEMPUS.

18. — Le créancier peut faire remise à son débiteur de la totalité ou d'une partie de sa dette, ou bien lui accorder des délais pour se libérer.

Cette distinction n'est pas sans importance au point de vue des conséquences du pacte.

19. — 1° Et tout d'abord la nature de l'exception accordée au débiteur ne sera pas la même dans le second cas que dans le premier. L'exception *pacti* sera *peremptoria* si le créancier a remis la dette; elle ne sera que *dilatorix* s'il n'a accordé qu'un terme. Et par suite :

Si le débiteur paie par erreur une dette dont il a obtenu remise par un pacte, il exercera avec succès la *condictio indebiti* (*fr. Vat. § 266; L. 40, pr. De condict.*,

occupe, sous prétexte que la dette était toujours due, il a soin de nous avertir que la plupart des juriconsultes donnaient la *condictio indebiti*. Servus Sulpicius, à l'inverse, nous dit Gaius (C. III, § 179), prétendait que la stipulation conditionnelle suffisait pour opérer une novation immédiate, et par suite éteignait *ipso jure* l'ancienne dette. Nous ne savons pas s'il restreignait sa décision au cas de novation *inter easdem personas* ou si elle était générale. En tous cas elle n'avait pas cours.

indeb.). Il n'aura pas, au contraire, la *condictio indebiti* si le pacte a été fait *ad tempus*. Il devait en effet ce qu'il a payé. Il a payé seulement plutôt qu'il devait; il ne perd donc que l'*interusurium* : ce n'est pas la peine de lui permettre de répéter pour si peu.

S'il est poursuivi malgré le pacte et qu'il vienne à omettre de demander l'insertion de son exception dans la formule de l'action *stricti juris*, la porte de la *restitutio in integrum* lui est ouverte si la remise a été définitive. Dans le cas où le débiteur n'avait obtenu qu'un délai, on se demandait s'il y avait droit (Gaïus, C. IV, § 125).

20.— 2° La donation entre époux était prohibée, quelle que fût la forme qu'on employât pour arriver à sa réalisation. Un époux n'eût donc pas pu faire à l'autre remise de ce qu'il lui devait. Mais la donation d'intérêts faisant exception à la prohibition générale, le pacte *de non petendo intra tempus* entre époux se trouvait être parfaitement valable, puisqu'il ne faisait bénéficier le donataire que de l'*interusurium* (L. 17, pr. et 31, § 6, *De donat., inter vir.*).

§ 4.

Pactes DE NON PETENDO à titre onéreux ou à titre gratuit.

21. — Le pacte *de non petendo* est à titre onéreux lorsque celui qui le consent obtient en retour de son abandon un avantage quelconque, lorsqu'il sert, par exemple, à opérer une transaction.

Il est à titre gratuit quand celui qui le consent n'ob-

tient aucune compensation, quand il intervient comme moyen de donation.

22. — Dans ce dernier cas il est assujetti à toutes les règles auxquelles est soumis ce mode de disposition.

C'est ainsi que, nous l'avons déjà indiqué, il ne saurait être fait à un époux par l'autre époux. On peut dire en effet : « Qui vero paciscitur donationis causa, rem certam et indubitatum liberalitate remittit (L. 1, *De trans.*): » Le préteur ne pouvait sanctionner ce pacte, car dans son édit il ne promet sa protection qu'aux pactes qui ne sont pas *contra leges*. L'époux créancier et donateur reste donc toujours libre de poursuivre son conjoint, sans crainte de se voir opposer l'exception de pacte. Et ses héritiers conservent le même droit que lui, jusqu'au règne de Caracalla du moins; car sous cet empereur un sénatus-consulte confirme la donation entre époux lorsque le donateur a persévéré jusqu'à sa mort dans sa libéralité. Depuis Caracalla donc les héritiers de l'époux qui a consenti un pacte *de non petendo* à l'autre, et qui est mort sans révoquer sa donation, ne peuvent plus poursuivre le donataire sans s'exposer à voir leur demande repoussée par une exception (1).

23. — On avait jugé à propos de protéger les citoyens

(1) Quel serait l'effet d'un pacte *de non petendo* accordé par l'époux créancier à l'un des *correi debendi* parmi lesquels figurerait son conjoint? Il serait évidemment nul s'il était fait avec ce dernier. Consentir à un autre il produira ses conséquences ordinaires. Invocable seulement par celui qui y a été partie s'il n'y a pas de société entre les *correi*, il le sera aussi dans le cas contraire par l'époux débiteur, car il est impossible de séparer les deux donations, puisque l'annu-

contre leur propre générosité, contre les entraînements irréfléchis. La loi *Cincia*, établissant des restrictions au droit de disposer de son patrimoine par voie de donation, fixait un maximum que le donateur ne devait pas dépasser, sauf en faveur de certaines catégories de personnes strictement déterminées. La libéralité faite *ultra modum legis Cinciæ*, à une personne *non excepta*, n'était toutefois pas nulle de plein droit. Le donateur n'avait donc pas une action en répétition ; mais il pouvait, pour reprendre ce qu'il avait donné, faire valoir tous les moyens de droit commun qui seraient restés entre ses mains, bien qu'en toute autre circonstance il les eût employés inutilement. Le donateur repentant de sa libéralité excessive réalisée par l'intermédiaire d'un pacte *de non petendo*, poursuivra son débiteur en paiement de sa dette ; et s'il se voit opposer l'exception *pacti*, il la combattra par la *replicatio legis Cinciæ*. Ses héritiers auront ici encore le même droit que lui, à moins que le débiteur venant à prouver que la volonté constante et définitive du défunt était de conserver la libéralité, ne rende inutile la *replicatio legis Cinciæ* par la *duplicatio doli* (*fragm. Vat.*, §§ 259 et 266).

Plus tard l'insinuation remplaça la théorie de la loi *Cincia* tombée en désuétude. Facultative d'abord, elle fut rendue ensuite obligatoire pour toute donation par

lation de la libéralité faite à ce dernier lui permettrait, en cas de poursuite du créancier, de se retourner contre son associé, et de lui enlever par l'action *pro socio* une partie du bénéfice que le donateur voulait lui procurer. Pour donner cette décision, nous nous appuyons sur la L. 5, § 2, *De donat. int. vir. et ux.*, qui, statuant sur l'hypothèse d'une acceptilation, dit : *Quod si aliurum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non possit, nec donationem impediri.*

Constance Chlore, puis plus tard seulement pour les donations dont le chiffre excédait 200 solides, et enfin uniquement pour les libéralités supérieures à 500 solides, depuis Justinien (*Inst. de donat.*, § 2). Le pacte *de non petendo* y était soumis, comme toute autre donation.

Pendant quelque temps la rédaction d'un écrit fut aussi exigée pour la confection de la donation (L. 27, C. *De donat.* — L. 29, *h. t.*). La donation faite par voie de pacte *de non petendo* devait donc alors revêtir la forme écrite.

24. — La donation était en principe irrévocable. Cependant le droit ancien permettait au patron, qui avait à se plaindre de son affranchi, de reprendre ce qu'il lui avait donné : le patron était laissé juge de son droit. On le limita plus tard au cas de *survenance* d'enfant. En même temps, on accordait le droit de révocation pour ingratitude à quelques personnes d'abord, puis bientôt à toutes, dans cinq cas strictement déterminés par Justinien (L. 10, C. *De revoc. donat.*). Comment s'opérait la révocation ? Par une *condictio ex lege* en général. Mais dans l'hypothèse d'une libéralité réalisée par un pacte *de non petendo*, le donateur l'exerçait au moyen de son ancienne action. Si le donataire lui opposait l'exception *pacti*, il la repoussait par la *replicatio doli*. Remarquons seulement que le droit de révocation était essentiellement personnel, et ne pouvait être exercé ni par les héritiers du donateur, ni contre les héritiers du donataire.

25. — La distinction des pactes en pactes à titres oné-

reux et en pactes à titre gratuit est aussi importante au point de vue de l'exercice de l'action paulienne. Le prêteur protégeait le créancier contre les actes frauduleux de ses débiteurs, au moyen d'une action personnelle, *in factum*, appelée dans un texte du Digeste et par les commentateurs *action paulienne*. Cette action, donnée contre tous les actes diminuant le patrimoine du débiteur, n'agissait pas toujours dans les mêmes conditions. Quand l'acte entaché de fraude avait été fait à titre onéreux, le *consilium fraudis* était nécessaire chez le tiers contractant, pour que le créancier pût agir; quand il était à titre gratuit, au contraire, peu importait que le donataire fût, ou non, de bonne foi : le débiteur libéré gratuitement et frauduleusement par un pacte *de non petendo* en perdra complètement le bénéfice, puisque, pour échapper à la condamnation, il lui faudra consentir un pacte *ut petatur*.

26. — Enfin nous pourrions trouver des hypothèses assez nombreuses où le pouvoir de faire une libéralité est refusé à quelqu'un qui possède au contraire le droit de faire des actes à titre onéreux. Dans tous ces cas, il pourrait accorder une remise de dette moyennant un équivalent, mais non pas à titre gratuit. C'est ainsi qu'un tuteur ne saurait valablement consentir un pacte *de non petendo* gratuit au débiteur du pupille; car s'il lui est permis de transiger, il ne lui est pas permis de faire des donations (L. 46, § 7, *De adm. et peric. tut.* — L. 22, C. *De pactis*). C'est ainsi encore que ce pacte ne saurait être fait par un client à son avocat, à raison de ses services : ce serait contraire à la loi *Cincia*; ni, plus tard, à toute personne investie de fonctions publiques : ce serait violer

la loi *Julia repetundarum*. C'est ainsi enfin que le fils de famille, ayant l'administration d'un pécule, ne peut, sans l'autorisation du père de famille, consentir à son débiteur un pacte *de non petendo* à titre gratuit (L. 7, § 2, *De donat.*).

CHAPITRE II.

Par qui et à qui peut être consenti le pacte de non petendo.

27. — Nous pouvons poser cette règle générale que le pacte *de non petendo* peut être conclu par les personnes entre lesquelles existent les relations de créancier et de débiteur; et qu'il ne saurait être fait par aucune autre personne : *non pasciendo quisquam alteri cavere potest* (L. 73, § 4, *De reg. jur.*). Cette dernière décision, du reste, n'est que l'application du principe que la *res inter alios acta* ne peut ni nuire ni profiter à ceux qui n'y ont pas été parties.

Nous allons passer successivement en revue le pacte *de non petendo* conclu par le créancier et le débiteur, par une personne *alieni juris*, par un mandataire, par un tiers.

§ 1.

Pacte DE NON PETENDO conclu entre le créancier et le débiteur.

28. — Que le créancier et le débiteur soient libres de le conclure, c'est la règle générale. Peu importe qu'il y

ait un seul créancier et un seul débiteur, ou bien pluralité de créanciers ou de débiteurs.

29. — I. S'il y a unité de créancier et de débiteur, leur accord suffit presque toujours pour donner naissance au pacte *de non petendo*.

Nous disons presque toujours, parce qu'il faut en plus une certaine capacité de la part du créancier, cette convention tendant à lui faire perdre sa créance.

30. — Le pacte *de non petendo*, nécessitant l'accord des parties, ne sera pas formé si au moment de le conclure le créancier ou le débiteur se trouve, pour une raison quelconque, incapable de donner un consentement valable, parce que, par exemple, il est *infans*, fou, ivre, non d'accord avec l'autre partie sur la dette à éteindre, sur l'objet de la convention.

31. — Il ne sera pas formé non plus si le créancier n'a pas la capacité de rendre sa condition pire. Il ne peut donc pas être valablement consenti par un pupille *sine auctoritate tutoris*, par un prodigue *sine consensu curatoris*. C'est ce que dit la L. 28 pr. : « Contra juris civilis regulas pacta conventa rata non habentur : veluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit, ne a debitore suo peteret, ne intra certum tempus (veluti quinquennium) peteret : nam nec solvi ei sine tutoris auctoritate potest. » Le pupille ne pouvant, en effet, recevoir seul un paiement, ne peut pas *à fortiori* accorder remise de la dette. Et peu importe ici que la convention intervienne à titre gratuit ou à titre onéreux : on ne recherche pas quel est le résultat final de l'acte

fait par le pupille, mais quel est cet acte en lui-même et examiné isolément; du moment qu'il fait perdre un droit au pupille, il lui est interdit, quand bien même il en retirerait une légitime compensation, ou même un avantage.

Le pupille bénéficiera au contraire du pacte qu'il aura obtenu de son créancier, l'acceptation d'une remise ou d'un délai pour se libérer ne pouvant jamais rendre sa condition pire. « Ex diverso autem pupillus paciscatur, ne quod debeat, a se peteretur, ratum habetur pactum conventum : quia meliorem conditionem suam facere ei etiam sine tutoris autoritate concessum est (L. 28 pr.). »

Nous ne reviendrons pas ici sur la capacité spéciale exigée pour la confection d'un pacte *de non petendo* à titre gratuit.

32. — II. Il y a plusieurs créanciers. Faudra-t-il le consentement de tous pour rendre possible la concession d'un pacte *de non petendo* au débiteur?

33. — Si les créances sont distinctes ou conjointes, comme dans l'hypothèse où la créance d'un défunt s'est divisée entre ses héritiers, chacun des créanciers donnera valablement remise pour sa part dans la créance. Pour le surplus, il n'est qu'un tiers.

34. — Cependant nous trouvons deux cas où des titulaires de créances distinctes ou conjointes seront liés par le pacte accordé par les autres créanciers. Des constitutions d'Antonin et de Marc-Aurèle rendirent obligatoire pour tous les créanciers la remise d'une partie des dettes de la succession consentie à l'héritier

par la majorité des créanciers héréditaires (L. 7, § 17, 18, 19). Nous examinerons ce cas particulier dans un chapitre spécial. Et Justinien obligea la minorité des créanciers d'un insolvable à respecter et à subir les *indutiæ quinquennales*, délais de cinq ans, qui auraient été consenties à celui-ci par la majorité de ses créanciers (L. 8, C. *Qui bonis cedere possunt*).

35. — Lorsqu'il y a plusieurs créanciers *correi*, chacun peut consentir un pacte *de non petendo*, puisque *solidum singulis debetur*. Quels en seront les effets? Nous le verrons dans le chapitre suivant.

36. — De même, s'il se trouve à côté du *stipulator*, un *adstipulator*, chacun d'eux, étant créancier de l'objet entier, peut faire un pacte *de non petendo* avec le débiteur. Nous verrons aussi plus loin les effets de ce pacte.

37. — III. Il y a plusieurs débiteurs.

S'ils sont débiteurs distincts ou conjoints, le pacte consenti à l'un d'eux ne vaut que pour lui.

Quand nous traiterons des effets du pacte *de non petendo*, nous rechercherons les conséquences produites par la remise faite à un seul débiteur quand il y a plusieurs *correi-promittendi*; ou un *promissor* et un *adpromissor*.

§ 2.

Pacte DE NON PETENDO conclu par une personne

ALIENI JURIS.

38. — Il est absolument nécessaire de distinguer entre l'hypothèse où la remise est faite à la personne *alieni juris*, et celle où elle est faite par celle-ci.

39. — I. L'*alieni juris* ne peut, en principe, accorder un pacte *de non petendo*, car il n'est pas créancier lui-même et il n'est pas censé revêtir la personnalité du *paterfamilias* quand il fait un acte tendant à empirer sa condition. *Filius paciscendo nihil detrahit patris obligationi* (L. 23, C. *De pactis*).

40. — Voilà le principe. Mais, par exception, la convention serait valable dans deux cas : 1° si la créance, objet de la convention, était propre à l'*alieni juris*; 2° si elle faisait partie d'un pécule dont l'administration lui fût confiée et comprît dans ses limites le pouvoir d'accorder un pacte *de non petendo*.

41. — 1° L'*alieni juris* peut être créancier personnellement. Nous ne parlons que du fils ou de la fille de famille, car jamais, *jure civili*, l'esclave ne peut être titulaire d'une créance.

42. — Le titre *De pactis* nous donne quelques exemples particuliers. Voici d'abord une exception plus géné-

rale : le fils de famille propriétaire d'un *peculium castrense* est libre de consentir toute obligation qui s'y rapporte; il est vraiment *sui juris* par rapport à son pécule.

43. — « In persona tamen filiifamilias videndum est, ne aliquando et, si pactus sit, ne ageret, valeat pactio : quia aliquando filiusfamilias habet actionem, veluti injuriarum (L. 30). » Gaius veut probablement parler ici de l'action fondée sur la loi *Cornelia* et accordée à la victime même de l'injure (*placuit patrem, filiofamilias injuriam passo, ex lege Cornelia injuriarum agere non posse*. L. 5, § 6, *De inj.*), car les actions prétoriennes d'injure (il y en avait en effet deux quand l'injure était faite à un *filiusfamilias*) devaient très-probablement être exercées par le *paterfamilias* uniquement, puisque seul il profite des acquisitions réalisées par son fils. En tous cas, la remise consentie par celui-ci ne peut enlever au père son action contre le coupable. « Sed cum propter injuriam filio factam habeat et pater actionem, quin pactis filii nocitura non sit patri agere volenti, dubitari non oportet (L. 30). »

44. — Une fille de famille peut très-bien par simple convention renoncer à son action *de dote*, pour l'époque où elle sera *sui juris* (L. 21, § 3), car sa renonciation n'agira qu'au moment où elle sera seule titulaire de sa dot, c'est-à-dire, après la mort de son père. Faite purement et simplement, elle ne serait pas valable puisque la *filiafamilias*, tant qu'elle est *in potestate patris*, n'est pas titulaire de la créance dotale, bien que son père ne puisse agir qu'*adjuncta filix persona*.

Pour être valable, cette convention nécessite encore la dissolution préalable du mariage. Autrement ce serait une donation entre époux, donation prohibée.

45. — Voici encore un autre exemple. « Item, dit la L. 21, § 4, *filiusfamilias de eo quod sub conditione legatum est, recte pascicetur.* » C'est que le *dies cedit* du legs conditionnel ne se place qu'à l'arrivée de la condition, et qu'à ce moment le fils de famille sera peut-être *sui juris*. S'il était encore alors *in potestate patris*, sa convention serait nulle. On ne pourrait donner la même décision s'il s'agissait d'une stipulation conditionnelle, *quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus* (L. 78, pr. *De verb. obl.*). Dans ce cas, en effet, la créance est acquise au père de famille, lors même que la condition ne se réaliserait qu'après que le fils ne serait plus en puissance.

46. — 2° L'*alieni juris* est administrateur d'un pécule dont l'administration comporte le pouvoir de faire une remise de dette. C'est la deuxième hypothèse où il accordera valablement un pacte *de non petendo*. Il importe de la bien préciser.

L'esclave peut tout aussi bien que le fils de famille recevoir l'administration d'un pécule. Quelle que large que puisse être cette administration, elle ne confère jamais la disposition des actions. C'est pourquoi *si filius aut servus pactus sit, ne ipse peteret, inutile est pactum* (L. 28, § 2). Ce pacte *de non petendo*, personnel au point de vue du créancier, est complètement inefficace, puisque l'*alieni juris* n'a pas l'action à laquelle il renonce : c'est le père de famille seul qui est toujours

créancier, quand bien même il aurait mis son fils ou son esclave à la tête d'un pécule.

47. — « Si vero in rem pacti sunt, ajoute le texte, id est, ne ea pecunia peteretur : ita pactio eorum rata habenda erit adversus patrem dominumve, si liberam peculii administrationem habeant; et ea res, de qua pacti sint, peculiaris sit. » L'hypothèse est toute différente ici. La personne *alieni juris* n'a plus fait une promesse personnelle : elle a promis seulement *generaliter* que le débiteur ne serait pas poursuivi. Ce pacte liera le *paterfamilias* à trois conditions : 1° la créance dont l'esclave ou le fils a fait remise doit être *peculiaris* ; 2° l'*alieni juris* doit avoir la *libera administratio* de son pécule ; 3° la remise ne doit pas être faite à titre gratuit.

48. — Ces trois conditions sont essentielles. Comment, en effet, l'*alieni juris* pourrait-il faire remise d'une créance qui ne serait pas dans son pécule, puisque l'administration de cette créance appartient au *paterfamilias* seul ? En second lieu, la simple concession d'un pécule ne donne pas le droit de faire des actes d'aliénation : il faut pour cela qu'il ait été concédé *cum libera administratione*. Et enfin, même dans ce cas, le concessionnaire du pécule ne peut diminuer celui-ci par des libéralités. C'est ce que nous dit la suite du texte de Gaius : « Quod et ipsum non est expeditum : nam cum verum est, quod Juliano placet, etiamsi maxime quis administrationem peculii habeat concessam, donandi jus eum non habere : sequitur, ut, si donandi causa de non petenda pecunia pactus sit, non debeat ratum haberi pactum couventum. Quod si pro eo, ut ita pacisceretur aliquid, in quo non

minus vel etiam amplius esset, consecutus fuerit : rata habenda est pactio (L. 28, § 2). » Et en voici la raison donnée par Ulpien dans la L. 7, pr. *De donat.* : « Filius-familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat : non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio, ut perdat. »

49. — La L. 56, § 26, *De furtis* nous fournit un exemple d'un de ces pactes *de non petendo* valablement consenti par un esclave. Voilà ce qu'elle dit : Si mon esclave, qui avait la libre administration d'un pécule, a fait un pacte *de non petendo* à titre onéreux avec celui qui lui avait soustrait quelque chose, ce pacte sera valable. Elle suppose donc une transaction entre l'esclave et la personne coupable du *furtum*. Bien que l'action *furti* soit acquise au maître, elle compte cependant dans le pécule de l'esclave. Si celui-ci recevait le paiement de la somme due en réparation du *furtum*, la créance serait bien éteinte. Pourquoi en serait-il autrement s'il recevait à la place une compensation suffisante?

50. — II. L'*alieni juris* obtient au contraire très-valablement la concession d'un pacte *de non petendo*.

51. — Le fils de famille a pu contracter certaines obligations civiles personnelles. Un pacte lui procurerait assurément sa libération. A la charge de l'esclave ne peut jamais naître qu'une obligation naturelle ; et il est évident qu'un pacte l'éteindrait.

52. — Mais le plus souvent, le pacte *de non petendo* consenti à l'esclave ou au fils de famille le sera par le

créancier du *dominus* ou du *paterfamilias*; et, comme ils ont toujours qualité pour améliorer la condition de la personne en puissance de laquelle ils se trouvent, ils lui acquerront par là l'exception *pacti*. *Filius, servusve, si paciscantur, ne a patre dominove petatur.... adquirunt exceptionem* (L. 17, § 7, L. 18, 19, 20). *Per quos adquiri nobis stipulatione potest*, dit Paul dans la L. 59, *per eosdem etiam pactis conventis meliorem conditionem nostram fieri posse placet*.

53. — Qu'arrivera-t-il si l'esclave auquel le pacte *de non petendo* est consenti n'appartient pas en pleine propriété au débiteur de la dette? Pour donner la solution il suffira d'appliquer les principes ordinaires de l'acquisition par l'intermédiaire des esclaves.

Ainsi la remise accordée à l'esclave commun libère tous ses maîtres, débiteurs de la dette, dans la proportion de leurs droits sur l'esclave. Elle n'en libérerait au contraire qu'un seul si la dette ne regardait que l'un d'eux, ou si l'esclave n'avait agi qu'au nom ou sur l'ordre d'un seul (L. 9, *De stip. serv. pr.*).

Celui qui possède un esclave *in bonis* profite du pacte *de non petendo* obtenu par lui. Ce même esclave pourrait-il libérer son *dominus ex jure Quiritium* en exprimant sa volonté à cet égard? Nous n'en savons trop rien : ce devait être un point controversé (Gaius, C. III, § 166).

Le maître bénéficie du pacte *de non petendo* accordé à l'esclave dont il a l'usage ou l'usufruit. C'est ce que dit la L. 53. A l'inverse, ajoute-t-elle, le *servus fructuarius* effacerait par un pacte *ut peteret* le pacte *ne peteret* consenti par son maître et rendrait ainsi à la créance sa

pleine et entière efficacité. Ce texte n'est qu'une application des principes ordinaires, car l'acquisition réalisée par l'esclave a lieu dans notre hypothèse *ex re fructuarii*. C'est par la même raison que l'esclave grevé d'un droit d'usufruit ou d'usage libère le *dominus* qui le possède à ce titre en demandant une acceptation (L. 11, pr. *De accept.*).

Je serai encore libéré par la remise faite à l'esclave d'autrui ou à l'homme libre que je possède de bonne foi comme mon propre esclave, car dans ce cas aussi je profite des acquisitions faites *ex operis hominis* et *ex re mea*.

L'esclave compris dans une hérédité jacente, le *servus hereditarius*, recevra très-valablement la remise d'une dette héréditaire, au moins quand il l'aura demandée *sibi* ou *impersonaliter*. Consentie au nom de l'héritier futur, elle ne saurait valoir : « *Servus heredi post adiuturo nominatim pacisci non potest : quia nondum is dominus sit : sed si in rem pactum conventum factum sit, heredi adquiri potest* (L. 27, § 10). » Quelques jurisconsultes, il est vrai, étaient d'une autre opinion : *quia*, disaient-ils, *qui postea hæres exstiterit videretur ex mortis tempore defuncto successisse*.

Le *servus captivi* obtient valablement un pacte *de non petendo* pendant que son maître est prisonnier. Si celui-ci revient, il en bénéficiera puisque, par l'effet du *post liminium*, il est censé n'avoir jamais été au pouvoir de l'ennemi. S'il meurt chez l'ennemi, le *servus captivi* n'aura jamais été depuis la captivité de son maître qu'un *servus hereditarius*, et par conséquent sa convention ne sera valable que s'il l'a faite *sibi* ou *impersonaliter*.

54. — L'*alieni juris* devait-il demander le pacte de *non petendo* au nom du *paterfamilias* pour que celui-ci en profitât? Ce n'était pas nécessaire; mais les termes employés n'étaient pas sans influence sur les conséquences du pacte. Nous le verrons quand nous étudierons les effets du pacte de *non petendo*.

55. — Changeons d'hypothèse, et demandons-nous maintenant quelle valeur aurait le pacte de *non petendo* sollicité par le *paterfamilias* en faveur d'une personne placée sous sa puissance? « Vos autem, répond la L. 21, § 2, his qui nostra in potestate sunt, paciscendo prodesse non possumus, sed nobis id profuturum, si non de eorum conveniamur, Proculus ait : Quod ita recte dicitur, si in paciscendo id actum sit. » Si j'ai demandé la remise au nom de mon esclave, celui-ci ne pourra jamais en profiter évidemment. Mais j'aurai moi-même l'exception *doli* contre le créancier, si telle a été notre intention. Si je l'ai demandée au nom de mon fils en puissance pour la dette qui lui est personnelle, je ne lui procurerai pas non plus l'exception *pacti*, parce que jamais *per liberam personam, puta per patrem, adquiri potest exceptio*. Pourrait-on se baser sur l'intention des parties, sur l'équité, pour lui accorder l'exception *doli*? Les textes ne le disent pas. Mais il l'aurait sûrement si j'avais pactisé *ne a me neve a filio peteretur* (L. 21, § 2 *in fine*). Dans cette dernière hypothèse, je pourrais opposer moi-même l'exception *pacti* au créancier qui me poursuivrait de *peculio* ou de *in rem verso*. Je ne le pourrais pas, au contraire, si je n'avais mentionné dans la convention que le nom de mon fils, *nam quod ipsi inutile est, nec defensori competit* (L. 21, § 2).

Si maintenant je suis convenu avec mon propre créancier qu'il ne poursuivra pas mon fils en paiement des dettes que j'ai contractées moi-même, cette convention ne lui procurera l'exception *pacti* que si je l'ai désigné comme mon héritier futur. Autrement, il ne serait qu'un étranger dans la convention, même si plus tard il devenait mon héritier. Dans cette dernière circonstance cependant, on lui permettrait de repousser le créancier par l'exception *doli*. Il en serait absolument de même au point de vue de mon fils, si au lieu d'obtenir de mon créancier personnel *ne a filio peteretur*, j'avais obtenu *ne a me neve a filio peteretur*.

§ 3.

Pacte DE NON PETENDO conclu par un mandataire du créancier ou du débiteur.

56. — Le droit romain n'admit jamais la représentation complète de la personne du mandant par celle du mandataire. Celle-ci ne fut jamais mise hors de cause. Le mandataire agit toujours en son propre nom, devient lui-même créancier et débiteur.

Néanmoins, l'intention des parties sera en définitive sauvegardée. Quand le mandataire aura fait un pacte *de non petendo* avec le créancier ou le débiteur du mandant, celui-ci se trouvera protégé contre son créancier par une exception *doli* ou sera arrêté par la même exception dans sa poursuite contre son débiteur (L. 10, § 2).

57. — Tout mandat ne donne pas au mandataire le droit de conclure un pacte *de non petendo*. Le mandat

peut lui donner cette latitude en termes exprès : il n'y a alors aucune difficulté. Le mandataire *omnium bonorum*, bien qu'il n'ait pas la libre disposition de la fortune du mandant, peut cependant consentir un pacte *de non petendo*, dit formellement Ulpien dans la L. 12. Faut-il exiger pour cela qu'il ait reçu la *libera administratio*? Ce point est controversé; mais nous ne le croyons pas : la L. 30 ne distingue pas. La décision d'Ulpien doit toutefois être restreinte au pacte à titre onéreux, conclu dans l'intérêt du mandant.

58. — Le *procurator ad litem* ne trouve pas dans son mandat le pouvoir de conclure un pacte *de non petendo*. Il a été constitué pour plaider et non pour transiger (L. 13). A moins, évidemment, que la *procuratio* n'ait été faite *in rem suam*, car il agit alors en définitive pour son propre compte : *loco domini habetur : et ideo servandum erit pactum conventum*.

59. — Le gérant d'une société n'est que le mandataire général des associés. Aussi, la société profitera-t-elle de la remise obtenue par lui, de même qu'elle sera forcée de subir celle qu'il a consentie, pourvu cependant qu'elle n'ait pas été faite à titre gratuit (L. 14).

60. — « Tutoris quoque (ut scribit Julianus) pactum pupillo prodest (L. 15). » « Si curator furiosi aut prodigi pactus sit, ne a furioso aut prodigo peteretur : longe utile est curatoris recipi pactiones : sed non contra (L. 28, § 1). » Cette règle s'applique également au curateur du mineur de vingt-cinq ans (L. 22, C. *De pactis*). En prenant trop à la lettre ces trois textes, on serait

amené à décider que le tuteur ou le curateur peuvent bien recevoir remise de la dette, mais ne peuvent l'accorder. Mais ces textes n'ont en vue que la renonciation à titre de libéralité et non celle à titre onéreux, car le tuteur et le curateur ont la pleine administration. Nous savons d'ailleurs qu'ils peuvent éteindre, moyennant un équivalent, la créance du pupille et du prodigue par une acceptilation, rendue possible au moyen d'une novation (L. 13, § 10, *De accept.*). Il n'y aurait nulle raison de les empêcher d'arriver à la même fin par un procédé plus rapide et plus commode.

Les administrateurs des finances de l'Empire ou des cités ont le même droit (L. 37).

61. — Voici un dernier exemple de pacte valablement consenti par un mandataire. Jadis l'*emptor hæreditatis* se faisait donner une *procuratio in rem suam* pour exercer les actions héréditaires contre les débiteurs. Mais depuis Antonin le Pieux il n'a plus besoin de la demander; il possède une *procuratio* légale et des actions utiles. Puisque désormais il est mandataire légal *in rem suam*, il est bien évident que le pacte *de non petendo* qu'il pourra accorder sera valable. Le *venditor hæreditatis* qui voudrait agir contre le débiteur de la succession serait repoussé par l'exception *doli*, nous dit Ulpien dans la L. 16 *pr.*

§ 4.

Pacte DE NON PETENDO conclu par un tiers.

62. — Ce pacte est absolument inefficace : il n'y a pas eu consentement des deux parties intéressées, le créan-

cier et le débiteur. *Non paciscendo quisquam alteri cavere potest* (L. 73, § 4, *De reg. jur.*)

63. — Paul en fait une application à l'héritier apparent. « Cum possessor alienæ hæreditatis pactus est, heredi, si evicerit, neque nocere, neque prodesse, plerique putant (L. 17, § 6). » L'héritier apparent n'est, en effet, qu'un tiers par rapport à l'héritier véritable : il n'a pas la disposition des créances héréditaires. C'est du moins l'opinion générale, dit Paul.

64. — Voici un autre exemple d'un pacte *de non petendo* conclu en faveur d'un tiers. Si je suis convenu que l'action ne serait exercée ni contre moi ni contre Titius, ce pacte ne profitera pas à Titius, même dans le cas où il deviendrait plus tard mon héritier ; car il ne peut pas être confirmé par un fait postérieur (L. 17, § 4). Titius n'est, en effet, au moment de la convention qu'un tiers par rapport à moi. Pour qu'il pût avoir l'exception *pacti* après ma mort, il aurait fallu que je demandasse la remise *in rem*. Ne pourrait-il pas cependant, lorsqu'il est devenu héritier après ma mort, réclamer l'exception *doli* contre le créancier qui le poursuivrait ? Il ne serait peut-être pas téméraire de le penser en face de la L. 21, § 2 qui accorde cette exception du fils de famille quand le *paterfamilias* a obtenu de son créancier *ne a se neve a filio petatur*, sans désigner, dans la convention, son fils comme son héritier futur.

CHAPITRE III.

Des effets du pacte de non petendo.

65. — Le pacte *de non petendo* ne détruit pas la dette : il permet seulement d'arrêter l'action au moyen d'une exception. *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (L. 7, § 4, et Inst. de Except., § 3).

66. — Le préteur avait, dans certains cas, le droit de *denegare actionem actori*. Pouvait-il refuser l'action au créancier qui voulait agir malgré le pacte qu'il aurait accordé? C'est probable; mais il ne le pouvait que dans le cas où il ne s'élevait aucune contestation sur l'existence, l'étendue et la validité du pacte.

67. — L'exception engendrée par le pacte *de non petendo* est l'exception *pacti conventi*. Quelle était sa formule? Elle variait suivant les différentes hypothèses où la convention était intervenue. Elle pouvait être conçue en ces termes : *Si non convenit* (ou, *nisi pactum sit*) *inter A. et N. ne ea pecunia peteretur*, ou, *ne pecunia a N. peteretur*, ou, *ne pecunia intra quinquennium peteretur*.....

68. — Il arrive très-souvent que l'exception *pacti* fonctionne à la place de l'exception *doli* : il y a dol, en effet, de la part du créancier dans le fait de poursuivre le débiteur malgré sa convention (L. 19, pr. *De accept.*; L. 27, § 5, *De pactis*).

69. — Ces deux exceptions n'ont pas besoin d'être insérées dans la formule des actions de bonne foi (*Fr. vat.*, § 94; L. 7, § 6, *De pactis*). Leur insertion est, au contraire, nécessaire dans les autres actions.

70. — L'exception de dol, toutefois, ne pourra pas être invoquée contre une personne à laquelle le défendeur doit la *reverentia* (L. 4, § 16, *De dol. mal. et met. except.*). A l'inverse, l'exception *pacti* ne saurait être donnée au débiteur qui n'a pas été directement partie au pacte, et qui ne se trouve pas l'héritier de celui qui l'a obtenu. Ainsi, si le pacte *de non petendo* a été accordé à mon mandataire, je n'aurai que la ressource de l'exception de dol (L. 10, § 2). Il y a encore certaines autres hypothèses où l'exception *pacti* ne saurait être légitimement accordée, et où l'équité cependant milite en faveur de l'exécution de la convention : on aura l'exception *doli* (L. 7, § 18.....).

Comment fera le débiteur qui a obtenu par son mandataire un pacte *de non petendo* d'un créancier auquel il doit la *reverentia*? Il n'a ni l'exception *pacti* ni l'exception *doli*. Mais le prêteur lui rédige une exception *in factum* (L. 4, § 16, *De dol. et met. except.*).

71. — La preuve de l'existence du pacte *de non petendo* fournie par le défendeur aboutira à son absolution défi-

nitive. Le demandeur ne pourra pas recommencer son action plus tard dans l'hypothèse même où le pacte n'aurait accordé qu'un terme au débiteur, parce que *bis de eadem re actio non est*. Depuis Justinien cependant l'exception fondée sur un pacte *de non petendo ad tempus* ne libérera pas définitivement le débiteur : il assimile ce cas à celui d'une *plus petitio tempore*, hypothèse dans laquelle l'empereur Zénon avait déjà décidé que le créancier qui agirait avant le terme fixé dans le contrat ne perdrait plus son action, mais ne pourrait poursuivre son débiteur qu'après un laps de temps double de celui fixé par les parties et en lui remboursant tous les frais du procès (*Inst.*, § 10, *De except.*).

72. — Pour étudier les effets du pacte *de non petendo* il faut se placer à deux points de vue différents : au point de vue des personnes qui peuvent invoquer l'exception, et au point de vue de celles auxquelles elle est opposable.

§ 1.

Qui peut invoquer l'exception?

73. — Voyons-le par rapport au débiteur unique, aux codébiteurs solidaires, aux débiteurs accessoires, aux codébiteurs accessoires, aux héritiers du débiteur, aux ayants-cause à titre particulier du débiteur.

74. — I. Le débiteur peut l'invoquer, soit que le pacte ait été conclu par lui-même, soit qu'il l'ait été par l'intermédiaire d'une personne en sa puissance, ou d'un mandataire.

75. — Toutefois les termes de la convention passée entre l'*alieni juris* et le créancier du *paterfamilias* n'étaient pas sans influence sur ses conséquences. Conclue *impersonaliter* ou au nom du *paterfamilias*, elle libérait évidemment ce dernier. Mais supposons que l'esclave ou le fils de famille ait obtenu du créancier *ne a se petatur*. Cette convention ne pouvait jamais procurer l'exception *pacti* à l'esclave, puisqu'il ne peut être obligé civilement. En droit strict même elle n'eût pas dû profiter au *dominus*; aussi n'avait-il pas l'exception *pacti*; mais on lui permettait de repousser le créancier par une exception *doli* (L. 21, § 1) ⁽¹⁾. Conclue par le fils de famille, elle pouvait quelquefois lui procurer à lui-même le bénéfice d'une exception *pacti*, puisqu'il peut dans certains cas se trouver obligé civilement et être poursuivi, soit du vivant, soit après la mort du *paterfamilias*. Elle le procurerait aussi au *paterfamilias* s'il était poursuivi *de peculio* ou *de in rem verso* par le créancier qui a fait la remise (L. 19, § 1 et L. 20). Toutefois ce pacte étant personnel au fils de famille, le *paterfamilias* ou son héritier n'aurait plus l'exception *pacti* après sa mort (L. 21 pr.). La remise d'une dette contractée par le *paterfamilias*, sollicitée d'avance, dans son propre intérêt, par le *filiusfamilias*, profitera presque toujours à celui-ci, bien qu'au moment de la convention il ne soit pas encore débiteur

(1) La L. 7, § 18, nous donne cependant une hypothèse où les jurisconsultes sanctionnaient, au profit même de l'esclave, la remise qu'il avait obtenue. La voici : Un esclave institué héritier sous condition, obtient d'un créancier héréditaire un pacte *de non petendo*; si, devenu libre avant la réalisation de la condition, il fait addition, il paralysera l'action du créancier, non pas par l'exception *pacti*, *quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem*, mais par l'exception *doli* (L. 7, § 17).

ni *sui juris*. L'équité l'exige en effet; seulement il la fera valoir au moyen de l'exception de dol. C'est ainsi que si, ayant été institué héritier par quelqu'un, il obtient remise des créanciers héréditaires, il les repoussera ensuite victorieusement après qu'il aura été émancipé et qu'il aura fait adition; c'est ainsi encore que les créanciers du *paterfamilias* sont liés envers le *filiusfamilias* par la remise qu'ils lui ont accordée du vivant de son père (L. 7, § 18).

76.— Nous savons que le pacte conclu par une *extranea persona* ne produira aucun effet en faveur du débiteur. C'est pourquoi, en principe du moins, le pacte *de non petendo*, consenti par le créancier au débiteur accessoire ne saurait être invoqué par le débiteur principal. Le fidéjusseur n'est en effet qu'un tiers par rapport au débiteur principal, il n'a aucun intérêt pécuniaire à le faire profiter de la renonciation du créancier, puisque lui-même est désormais à l'abri de toute poursuite (L. 23). Mais il y a une double restriction.

1° L'intention des parties peut avoir été de faire profiter le débiteur principal du pacte consenti au fidéjusseur. Et comme l'intention des parties est toute-puissante ici, l'exception *doli* mettra le débiteur principal à l'abri des poursuites du créancier (L. 25, § 2 et L. 26). C'est l'exception de dol qui le protégera, car il n'a pas été lui-même partie à la convention.

2° L'intérêt du débiteur accessoire peut exiger que le débiteur principal soit aussi libéré par le pacte *de non petendo*. Il aura encore alors à son service l'exception *doli*. Cela se présentera lorsque le fidéjusseur se sera obligé *in rem suam*. « Sed si fidejussor in rem suam

spopondit, dit la L. 24, hoc casu fidejussor pro reus accipiendus est : et pactum cum eo factum, cum reo factum esse videtur. » Voici une hypothèse : Titius désire emprunter de l'argent, sans vouloir cependant paraître emprunter; il me charge alors de faire l'emprunt et il intervient dans le *mutuum* pour cautionner mon obligation; l'opération est dans le seul intérêt de Titius; il s'est porté *fidejussor in rem suam*, et si je payais de mes deniers, il me rembourserait. C'est pourquoi, s'il venait à obtenir lui-même remise du prêteur, je serais par contre-coup libéré moi aussi; sans quoi, recourant contre lui plus tard, je lui enlèverais tout le bénéfice de sa convention.

77. — II. Le pacte *de non petendo* accordé à l'un des *correi-debendi* profite-t-il aux autres? Il faut distinguer.

78. — Si le pacte *de non petendo* est *in personam*, celui-là seul peut s'en prévaloir, qui l'a obtenu. Peu importe qu'il y ait société ou non entre les codébiteurs. Il est vrai que s'il y a société entre eux, les *correi* qui auront été poursuivis par le créancier et lui auront payé la dette recourront par l'action *pro socio* contre celui qui a obtenu la remise et se feront ainsi rembourser une partie de ce qu'ils auront avancé. Mais le créancier ne voulait pas, en accordant son pacte, perdre sa créance et il ne pouvait pas la mettre tout entière à la charge définitive des autres débiteurs. Dans cette hypothèse même, le pacte *de non petendo* n'aura pas été complètement inutile : il aura procuré au débiteur auquel il a été accordé l'assurance de ne pas être poursuivi le

premier et de ne pas avoir à faire les avances de toute la dette.

79. — Si, au contraire, le pacte consenti à l'un des *correi-promittendi* est *in rem*, il lui assurera toujours sa complète libération. Les *correi* sont-ils *socii*, la remise sera même invocable par tous : le créancier a dû le prévoir puisqu'il a consenti un pacte *in rem* (L. 23). S'ils ne sont pas *socii*, les débiteurs qui n'ont pas été partie à la convention n'en bénéficieront pas, car celui qui l'a obtenue, n'étant plus exposé au recours de ceux-ci par l'action *pro socio*, n'a plus intérêt à ce qu'ils en profitent. Le créancier conserve donc le droit de leur réclamer le paiement intégral de sa créance. Cependant nous pouvons redire ici ce que nous avons dit pour la convention passée avec le fidéjusseur : s'il était démontré qu'en faisant un pacte *de non petendo in rem* avec l'un des *correi-debendi non socii* l'intention du créancier ait été de renoncer à une partie de ses droits, les autres *correi* s'en prévaudraient avec succès pour repousser ensuite sa demande en paiement de toute la dette.

Ce que nous venons de dire des *correi-debendi* s'appliquera, en général du moins, à l'hypothèse où les débiteurs ne seraient tenus que *in solidum*, soit, par exemple, légalement par suite de cotutelle, soit conventionnellement en cas de coachat ou de colouage. Ainsi la distinction des pactes en pactes *in rem* et *in personam* recevra son application. Mais il y a une différence entre le pacte *in personam* consenti à l'un des *correi-debendi non socii* et celui accordé à l'un des débiteurs solidaires : la dette, dans ce dernier cas, ne pourra plus être demandée en entier aux autres, car ils

ne doivent supporter que leur part et ils ne pourraient pas se faire rembourser de leur avance, par le débiteur libéré, au moyen de l'action de créancier paralysée par l'exception *pacti*.

80. — Nous devons rapprocher de ces décisions celles que donne la L. 3, § 3, *De lib. leg.* Nous allons voir le fonctionnement du pacte *de non petendo* comme mode d'exécution d'un legs de libération. Quand une personne avait reçu en legs sa libération, elle avait deux voies ouvertes devant elle pour en obtenir l'exécution : attendre la poursuite du créancier et la paralyser alors par une exception soit *doli*, soit *in factum* tirée des termes du testament ou du codicille, ou bien, au contraire, prendre les devants et exiger de l'héritier, au moyen de l'action *ex testamento*, sa libération immédiate. Cette dernière voie était la plus sûre, soit que le légataire reçût du créancier une acceptilation qui éteignait sur-le-champ sa dette, soit qu'il n'obtint même qu'un pacte *de non petendo*, car ce pacte impliquait de la part du créancier reconnaissance de l'existence et de la validité du legs de libération (1). Le créancier n'accordait pas

(1) L'exécution du legs de libération se faisait quelquefois par un troisième mode, par voie de délégation (L. 29, *De lib. leg.*). Il y a deux *correi-debendi* légataires de leur libération; l'un est *cælebs*, incapable de rien recevoir; l'autre *pater*, ayant droit au tout. Pour exécuter le testament, l'héritier délèguera le débiteur *cælebs* au débiteur *pater*. Il faut supposer pour cela qu'il n'y a pas société entre eux, sans quoi l'acceptilation éteignant la dette tout entière, ne laisserait plus d'objet à la délégation; la promesse de ne pas poursuivre le débiteur *pater* seul ne le libérerait pas, en effet, puisque ses codébiteurs poursuivis recourraient ensuite contre lui par l'action *pro socio*.

sans distinction une acceptilation ou un pacte *de non petendo*. L'acceptilation était exigible quand le testateur avait voulu éteindre entièrement la dette, c'est-à-dire quand il avait voulu faire une remise totale et définitive de sa dette au débiteur unique, ou au débiteur principal (à moins toutefois que, dans ce dernier cas, celui-ci n'eût un recours contre le *fidejussor*). Mais si son intention avait été de libérer seulement le débiteur accessoire, ou l'un des coobligés, le pacte *de non petendo* était le seul moyen de lui donner satisfaction. C'est ce qui arrivait dans le cas d'un legs de libération fait à un fidéjusseur. C'est ce qui arrivait encore dans celui du legs laissé à l'un des *correi-debendi*, lorsqu'il n'y avait aucune société entre les codébiteurs : le pacte libérera en effet complètement le *correus* légataire, puisque, d'une part, l'exception *pacti* le protège contre le créancier et que, d'autre part, il n'est jamais exposé à un recours de ses coobligés. Remarquons que ce legs pourra très-bien ne causer aucun préjudice à l'héritier qui se fera payer intégralement des autres débiteurs; pour qu'il lui nuisît, il faudrait que leur insolvabilité ne lui permît pas d'obtenir d'eux tout le montant de la dette. S'il y avait, au contraire, société entre les *correi-debendi*, le légataire serait en droit d'exiger une acceptilation de l'héritier, sans quoi le legs ne lui procurerait en définitive aucun avantage, si ce n'est du moins celui de n'avoir pas à faire l'avance; puisque celui qui aurait tout payé se ferait indemniser par l'action *pro socio* de ce qu'il a donné en plus de sa propre part. Les *correi-promittendi* non légataires profiteront donc toujours par contre-coup du legs fait à leur associé; tous seront à la fois et de plein droit libérés (L. 3, § 3, *De lib.*

leg.) (1). Nous trouvons donc là une différence entre les effets du legs de libération fait à un *correus-promittendi* déterminé et ceux du pacte *de non petendo in personam*, celui-ci ne procurant jamais aucun avantage aux *correi socii* autres que celui qui a obtenu la remise, celui-là, au contraire, profitant à tous en éteignant la dette elle-même. La raison, la voici : *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* (L. 12, *De reg. jur.*). Le legs, réduit au seul avantage de ne pas avoir à faire l'avance, semble en effet trop mesquin : l'intention du défunt devait être de faire une libéralité sérieuse au légataire. Et cette interprétation est d'autant plus raisonnable que les legs étant toujours faits *in personam* (il faut bien en effet faire connaître le légataire), la désignation de la personne a plutôt pour but d'indiquer le débiteur et par suite la dette à éteindre, que celui de restreindre les effets de la libéralité, tandis que dans le pacte *de non petendo* le créancier, pouvant accorder la remise *in rem* ou *in personam*, indique suffisamment sa volonté par les termes qu'il emploie.

Remarquons, en passant, que si les *correi-promittendi* autres que celui qui a été désigné dans le testament

(1) Le créancier a donc perdu toute sa créance. Pour sauvegarder son droit contre les *correi* non légataires sans porter atteinte au legs de leur associé, il aurait fallu permettre à l'héritier de n'accorder au légataire une acceptation que pour sa part seulement, *dimidiæ* ou *tertiæ partis*, et pour le surplus il lui aurait consenti un pacte *de non petendo*. Mais l'acceptation ne put d'abord intervenir pour une partie seulement de la dette, et ensuite le *correus socius* qui payait soit toute la dette, soit une portion seulement, était censé payer au nom de tous, et par suite conservait son recours contre les autres. Une autre raison de ne pas l'admettre encore, c'est que, comme nous allons le montrer toute suite dans le texte, l'intention du testateur a peut-être été d'éteindre la dette *in rem*.

profitent par contre-coup du legs fait à celui-ci, ils ne sont pas légataires. Par conséquent ils ne sauraient agir eux-mêmes contre l'héritier et lui demander de leur faire acceptilation par l'action *ex testamento*. Et dans le cas où le débiteur légataire ne voudrait pas, ou ne pourrait pas par suite d'incapacité ou de prédécès, profiter de son legs, ses codébiteurs ne recueilleraient aucun avantage de la disposition du testateur. Il sera quelquefois délicat de distinguer si celui-ci a entendu faire un seul ou plusieurs légataires, le fait de n'avoir désigné qu'un seul des *correi-debendi* n'étant pas toujours suffisant pour limiter à celui-là seul son intention libérale : le coobligé omis devrait être aussi, en effet, regardé comme légataire *si et ejus contemplatione liberatio legata esset* (L. 3, § 4, *De lib. leg.*).

81. — Au lieu d'intervenir pour libérer complètement ou partiellement l'un ou quelques-uns des *correi-debendi*, le pacte peut avoir uniquement pour objet la remise de la corréalité, la division de la dette entre les débiteurs. Cette division n'aura même pas besoin d'être toujours exprimée. On la présumera si l'un des débiteurs acquitte sa part dans la dette avec la mention qu'il paie *pro sua persona*, et que le créancier accepte le paiement et la mention (L. 18, *De pactis*, C.). S'il y avait plus de deux débiteurs, la division de la dette existerait-elle aussi entre ceux qui n'ont pas été parties au pacte? Nous ne le pensons pas, car la L. 18 ne vise que l'hypothèse de deux *correi-promittendi*, et ce serait contraire au principe que la convention faite avec l'un des débiteurs ne peut profiter à ceux qui n'y ont pas pris part.

82. — III. Le débiteur accessoire peut invoquer le pacte *de non petendo* consenti au débiteur principal. L'intérêt de ce dernier l'exige, car, si le créancier conservait le droit de poursuivre le fidéjusseur, celui-ci, se retournant ensuite contre le débiteur principal, lui ferait perdre tout le bénéfice de son pacte. En renonçant à poursuivre le débiteur principal, l'intention du créancier était évidemment de renoncer à sa créance elle-même (L. 21, § 5).

Il peut cependant arriver que l'intention du créancier soit différente, ou que l'intérêt du débiteur principal n'exige pas la libération du fidéjusseur.

83. — 1° Le créancier n'a pas voulu perdre sa créance. Il n'a pas entendu libérer le débiteur accessoire, mais assurer seulement le débiteur principal qu'il ne le poursuivrait pas lui-même : il a consenti au débiteur principal un pacte *de non petendo* purement *in personam*. Il conserve ses droits contre le fidéjusseur : *hoc actum est, ut duntaxat a reo non petatur [a fidejussore petatur]* : *tunc enim fidejussor exceptione non utetur* (L. 22). Dans ce cas donc l'effet de la remise est seulement d'imposer l'avance de la dette au fidéjusseur.

Quand celui-ci aura payé, il recourra contre le débiteur principal; mais il devra se contenter de sa propre action *mandati* ou *negotiorum gestorum*, puisque celle du créancier contre le débiteur principal est paralysée par l'exception de pacte. Et il ne peut s'en plaindre, car, s'il a droit à la cession de l'action du créancier, celui-ci n'est jamais tenu de la lui conserver (L. 15, *De fidej.*).

84. — Si nous supposons, au lieu d'un fidéjusseur, un

mandator pecuniæ credendæ, nous devrions décider qu'il profitera toujours de la remise faite au débiteur principal, qu'elle ait eu lieu *in rem* ou *in personam*, car le *mandator pecuniæ credendæ* a le droit de refuser le paiement au créancier qui ne se trouve plus en mesure de lui faire la cession pleine et intacte de son action contre le débiteur principal (L. 93, § 11, *De solut.*).

85. — Sous Justinien, le pacte *de non petendo* accordé au débiteur principal profitera aussi au débiteur accessoire qui peut désormais arrêter la poursuite du créancier en l'envoyant discuter préalablement les biens de celui qu'il a cautionné (Nov. IV). L'action du créancier sera donc paralysée soit par l'exception *pacti*, soit par l'exception de discussion, selon qu'il agira contre l'un ou l'autre des débiteurs. Toutefois, il ne serait pas exact de dire qu'après la Nouvelle IV le pacte *de non petendo in personam* éteint la dette dans notre hypothèse. Le créancier conserve, en effet, le droit d'agir contre les héritiers du débiteur principal, et aussi même contre le fidéjusseur, si ceux-ci ne peuvent pas alors payer.

86. — 2° L'intérêt du débiteur principal peut ne pas exiger que le fidéjusseur ait le droit d'invoquer le pacte *de non petendo*. Cela se présentera toutes les fois que le fidéjusseur sera dénué de recours contre lui : c'est-à-dire dans trois hypothèses.

87. — Quand il s'est porté fidéjusseur *in rem suam*, c'est lui qui est en réalité le débiteur principal, et qui doit en définitive supporter la dette. Assujetti à un re-

cours de la part du débiteur principal qui aurait payé, il ne peut, au contraire, jamais rien lui réclamer. Celui-ci n'a donc aucun intérêt à ce qu'il puisse se prévaloir de la remise : il est désormais sûr de ne pas être poursuivi.

88. — C'est dans une intention de libéralité pour le débiteur que le fidéjusseur a cautionné la dette. Il ne saurait exercer aucun recours contre lui, ni par l'action *mandati* ni par l'action *negotiorum gestorum*. Aussi ne pourrait-il pas invoquer l'exception. « Si *mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fidejusserit, dicendum est, non prodesse exceptionem fidejussori* (L. 32). »

89. — Le fidéjusseur s'est engagé *invito debitore*. Au temps classique quelques jurisconsultes lui donnaient une action *negotiorum gestorum utilis contraria* pour se faire indemniser par le débiteur; ces jurisconsultes devaient lui permettre d'invoquer le pacte *de nōn petendo* consenti à celui-ci. Mais la plupart lui refusaient tout recours, et Justinien fit triompher cette doctrine (L. 40, *Mandati*, L. 24, *De neg. gest.*). Peu importait donc alors au débiteur que son fidéjusseur fût à l'abri des poursuites du créancier : aussi le bénéfice du pacte lui restait-il personnel.

90. — Quel serait l'effet d'un pacte *de non petendo* conclu par le débiteur principal en ces termes : *ne a fidejussore petatur*? Certains jurisconsultes le déclaraient inutile, sans regarder s'il pouvait être de quelque avantage pour celui qui l'avait conclu, *quia ea demum competere ei (fidejussori) debeat exceptio, quæ et reo*. Paul permettait, au contraire, au fidéjusseur de se prévaloir

de ce pacte pour repousser l'action; et cette opinion, professée par la plupart des jurisconsultes, était suivie dans la pratique (L. 27, § 1). Ils n'y voyaient pas une acquisition *per extraneam personam* : *non sic enim illi per liberam personam adquiri, quam ipsi, qui pactus sit, consuli videmur*. On peut stipuler ou pactiser valablement pour autrui quand on y a un intérêt pécuniaire. Et ici le débiteur principal a intérêt à ce que le fidéjusseur repousse le créancier, car il ne sera plus désormais exposé qu'à l'action du créancier, le plus souvent moins dure que le recours du fidéjusseur par l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum contraria*, qui, étant de bonne foi, procurerait au demandeur les intérêts et les indemnités en même temps que le remboursement de la somme avancée. Son intérêt serait encore beaucoup plus grand dans l'hypothèse où il aurait déjà obtenu auparavant un pacte *de non petendo* seulement *in personam* : le deuxième pacte *ne a fidejussore petatur* le libérerait alors complètement.

D'après le motif de Paul, nous devons décider que si le fidéjusseur n'est pas dans le cas d'exercer après le paiement un recours contre le débiteur principal, ce pacte sera nul comme conclu *per extraneam personam*.

91. — Le pacte *de non petendo* n'éteint pas *ipso jure* la dette : il permet seulement d'arrêter l'action *exceptionis ope*. Aussi rien n'empêche de paralyser plus tard l'effet du premier pacte par un second pacte *ut petatur*, et l'exception *doli* ou *pacti* par une *replicatio doli* ou *pacti*. Le pacte *de non petendo* accordé au débiteur libère, venons-nous de voir, le fidéjusseur. Les effets du pacte de rétablissement consenti par le débiteur principal re-

jailliront-ils aussi sur le fidéjusseur; lui enlèveront-ils le bénéfice de l'exception? C'était une question controversée.

Dans la L. 27, § 2, Paul déclare que la seconde convention nuira au débiteur accessoire.

Le jurisconsulte Furius Anthianus, au contraire, conserve à celui-ci l'exception que le premier pacte lui avait procurée (L. 62).

On a proposé différentes conciliations de ces deux lois. On a dit que dans l'hypothèse prévue par Paul le fidéjusseur ne se serait engagé qu'après le second pacte, ou qu'il aurait consenti au pacte de rétablissement. Il vaut mieux admettre l'antinomie; d'autant plus que Furius Anthianus lui-même semble indiquer la controverse en disant : *sed verius est*..... Paul sera parti de l'idée, indiquée par lui dans la L. 27, § 1, que c'est uniquement dans l'intérêt du débiteur principal que la remise qui lui est accordée profite au fidéjusseur. Cet intérêt faisant donc défaut après la seconde convention *ut petatur*, celui-ci se trouve par suite replacé dans sa position première. Mais la décision de Furius Anthianus est plus juridique, car c'est un principe que tout moyen de défense acquis au fidéjusseur du chef du débiteur principal ne peut plus ensuite lui être enlevé par le fait de celui-ci (L. 16 pr., *De fidej.*) : « Ex persona rei et quidem invito reo, exceptio et cætera rei commoda fidejussori, cæterisque accessionibus competere potest (L. 32, *De fidej.*). »

92. — IV. Le bénéfice du pacte *de non petendo* accordé à un débiteur accessoire ne s'étend pas à ceux qui ont cautionné avec lui la dette. Les codébiteurs accessoires restent sujets à la poursuite du créancier. Après avoir

déclaré que le pacte *de non petendo* fait par le fidéjusseur ne profite pas au débiteur principal. La L. 23 ajoute : *imo nec cofidejussoribus proderit : neque enim quoquo modo cujusque interest*. La raison en est donc que l'intérêt du pactisant ne l'exige pas. C'est toujours, en effet, le sens du dernier membre de phrase, qu'on le traduise par ces mots : car l'intérêt d'une personne ne s'entend pas d'une façon quelconque ; ou par ceux-ci : car ce n'est nullement dans l'intérêt de celui qui a fait le pacte. Les personnes qui cautionnent une même dette sont souvent unies par des relations de parenté, d'amitié : à ce titre on aurait donc pu dire que le fidéjusseur qui a pactisé a tout au moins un intérêt d'affection à ce que les autres profitent du pacte ; mais on ne tient compte que de l'intérêt pécuniaire, et il n'existe pas ici, puisque celui qui a fait le pacte n'est exposé à aucun recours de la part de ses cofidéjussors. La position de ces derniers n'en deviendra pas plus mauvaise, en général du moins, depuis le rescrit d'Adrien qui leur permet d'invoquer le bénéfice de division : ils ne sont jamais exposés à payer que pour leur part et par suite n'ont jamais de recours les uns contre les autres. Avant Adrien, et depuis lui encore, dans les rares hypothèses où il ne pourra pas invoquer le rescrit de ce prince (s'il y a renoncé ou s'il a commencé par nier son obligation), le cofidéjusseur étranger au pacte et actionné par le créancier lui paiera toute la dette et ne pourra exiger en retour de celui-ci que la cession de son action telle qu'elle se comporte, impuissante donc contre le fidéjusseur qu'il a libéré : le créancier, en effet, n'est pas obligé de conserver son action intacte (L. 15, § 1, *De fidej.*). Nous savons qu'il en était différemment quand, au lieu d'inter-

venir sous la forme de fidéjusseur, la caution avait pris celle de *mandator pecuniæ credendæ* (L. 95, § 11, *De solut.*).

93. — V. L'héritier du débiteur qui a obtenu le pacte *de non petendo* n'a droit lui-même à l'exception *pacti* que si le pacte a été conçu *in rem* (L. 25, § 1 et L. 17, § 3).

Le pacte *de non petendo in personam* est donc forcément *intra tempus*. Au lieu de faire un pacte *de non petendo in rem* et de libérer ainsi, en même temps que lui, tous ses héritiers, le débiteur peut restreindre l'effet de sa convention à lui-même et à un ou quelques-uns seulement de ses héritiers. *Nec quicquam obstat, uni tantum ex heredibus providere si heres factus sit : cæteris autem non consuli* : c'est ce que décident les L. 33, *De pactis* et 10, *De pactis dotal.* Dans l'hypothèse où un aïeul paternel, ayant promis une dot à sa petite-fille, obtient ensuite un pacte *de non petendo* pour lui et son fils : ses autres héritiers pourront très-bien alors être poursuivis. Mais si ceux-ci ne profitent pas de la convention, il est bien évident qu'elle ne saurait non plus leur nuire en mettant à leur charge le paiement de la dot entière. La L. 17, § 4, que nous avons eu déjà occasion de citer, ne contredit pas les L. 33 et 25, § 1, en disant que la convention *ne a me neve a Titio petatur* ne profite pas à Titius, même s'il devient mon héritier, car elle suppose que Titius n'y a pas été désigné comme mon héritier : il n'était alors qu'un tiers par rapport à moi, et *ex postfacto id confirmari non potest*. Nous avons toutefois vu plus haut que dans le cas au moins où Titius était mon fils, les jurisconsultes lui permet-

taient de repousser le créancier héréditaire par une exception de dol (L. 21, § 2).

94. — VI. L'ayant-cause à titre particulier du débiteur pourra-t-il aussi se prévaloir de la remise consentie à son auteur?

Il aura les mêmes droits que l'*heres ex jure civili* ou le *bonorum possessor* si le pacte a été fait *in rem*. Restera-t-il aussi, comme eux, exposé à l'action du créancier s'il est intervenu *in personam*? Il y avait ici controverse entre l'école Sabinienne et l'école Proculienne; celle-ci lui refusait le bénéfice de la remise, celle-là, au contraire, le lui accordait toujours : c'est ce que nous révèle la L. 17, § 3.

§ 2.

A qui peut-on opposer l'exception?

95. — Parcourons successivement les hypothèses où il y a un seul créancier, des *correi-stipulandi*, un *adstipulator*, des héritiers du créancier, un ayant-cause à titre particulier du créancier.

96. — I. Le créancier se verra opposer avec succès l'exception, soit que le pacte ait été consenti par lui-même, soit qu'il l'ait été par son mandataire, ou par une personne placée sous sa puissance dans les cas où elle en a le pouvoir, c'est-à-dire *ex causa peculiari* et à titre onéreux.

97. — Le pacte *de non petendo* consenti par l'*adstipulator* lui serait-il opposable? Les textes font complète-

ment défaut à ce sujet. Que l'*adstipulator* puisse faire un pacte *de non petendo*, ce n'est pas douteux, car il est créancier. Mais nous ne pensons pas qu'il puisse nuire au *stipulator*, car il n'est qu'un créancier accessoire. Et de même que la remise accordée à l'*adpromissor* ne profite pas au *promissor*, de même, la remise consentie par l'*adstipulator* ne doit pas nuire au *stipulator*. N'ayant été constitué que dans l'intérêt du créancier et n'étant en définitive que son mandataire, l'*adstipulator* pourra même se trouver exposé à une poursuite par l'action *mandati* si sa convention constitue un dol ou une faute de sa part, et cause un préjudice au créancier.

98. — II. Les *correi-credendi* étant tous créanciers, rien n'empêche l'un d'eux de renoncer à son droit contre le débiteur. Quelles seront les conséquences de sa renonciation par rapport à ses cocréanciers?

99. — « Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit : an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere : tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo : nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur. Sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint : quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est (L. 27 pr.). » Dans cette loi, Paul ne s'occupe que des *correi-credendi socii*. Au commencement, en effet, il parle d'*argentarii socii*; et s'il ne répète pas ce dernier mot en généralisant plus loin sa décision et en l'appliquant aux *duo rei stipulandi*, il doit évidemment le sous-entendre.

100. — Dans l'hypothèse où les créanciers n'étaient point associés, le pacte *de non petendo* passé par l'un d'eux avec le débiteur ne pouvait aucunement modifier les rapports de celui-ci avec les autres créanciers. Chacun d'eux conservait le droit de demander le paiement intégral de la créance. C'est la solution conforme aux principes et qu'impose du reste nécessairement la décision de Paul qui l'admet dans le cas où il y a société entre les créanciers.

101. — Les termes de Paul semblent toutefois bien indiquer que tous les jurisconsultes ne professaient pas son opinion. On eût en effet très-bien compris, et cette solution était donnée par certains d'entre eux, probablement par l'école Sabinienne, que le pacte, lors du moins qu'il aurait été conclu *in rem*, fût opposable aux autres créanciers associés. Mais Paul, citant à l'appui de son opinion quatre Proculiens, restreint considérablement les effets de ce pacte. Le débiteur en retirera seulement l'assurance de ne pas être poursuivi par le créancier qui le lui a accordé, par suite la diminution du nombre de ses créanciers et leur réduction à un seul le plus souvent, et par conséquent l'espérance, ou tout au moins la possibilité plus grande, de se libérer envers lui par une transaction, un pacte *de non petendo* ou tout autre moyen.

Il est vrai que l'un des créanciers peut demander au débiteur le paiement de toute la dette. Mais ce n'est pas une raison pour que sa remise puisse éteindre la dette; il ne faudrait pas en effet en conclure, dit Paul avec Nératius, Atilicinus et Proculus, qu'il puisse compromettre d'une façon quelconque le droit de ses coassociés. C'est aussi la manière de voir de Labéon : Il n'a

pas plus le pouvoir de nuire par un pacte *de non petendo* à son coassocié, dit-il, que celui de lui causer préjudice par une novation. C'est ainsi, continue le jurisconsulte, que les personnes *alieni juris* qui peuvent recevoir valablement le paiement d'une dette ne puissent pas dans cette autorisation le droit de la nover (L. 25, *De novat.*) (1).

102. — La doctrine de Labéon, refusant au *costipulator* le droit de faire novation, était-elle bien la véritable doctrine romaine? Nous hésitons à le croire. Il pouvait en effet éteindre la dette par le paiement, la *litiscontestatio*, l'acceptilation; pourquoi pas par la novation? Vénuléus ne distinguait pas (L. 31, § 1, *De novat.*). On a essayé aussi de concilier le texte de Vénuléus avec celui de Paul, en prétendant que Labéon ne refusait le droit de nover qu'aux *argentarii*, ou bien que la novation n'aurait été citée ici que pour servir de base à une comparaison, et non pour être elle-même l'objet d'une décision : le texte voudrait dire alors que le pouvoir de recevoir le paiement de la dette *in solidum* n'entraîne pas plus le droit d'en faire remise chez le *correus credendi* que le droit de la nover chez les personnes placées sous notre puissance et que nous aurions autorisées à en recevoir le paiement. Il vaut mieux, croyons-nous, admettre l'antinomie, d'autant plus que la décision

(1) Bien que le texte ne limite pas sa proposition, nous ne devrions pas l'appliquer au cas où le fils de famille aurait reçu de son père l'ordre de nover sa créance, ni au cas où il s'agirait d'une créance comprise dans le pécule confié au fils de famille (L. 34, pr. *De novat.*). Labéon aurait pu aussi citer à l'appui de sa décision l'exemple des *adjecti solutionis gratia* qui peuvent recevoir le paiement, sans avoir le droit de nover (L. 10, *De novat.*).

de Vénuléius, placée au titre même *De novationibus*, indique bien qu'elle n'était pas partagée par tous les jurisconsultes.

103. — Donc, d'après la L. 27 pr., dans l'opinion des Proculiens tout au moins, le pacte *de non petendo* consenti au débiteur par l'un des *correi-stipulandi socii* lui restait, dans tous les cas, personnel et ne pouvait jamais être opposé aux autres créanciers.

104. — On a cependant contesté cette proposition ; on a nié que cette loi restreignît ainsi les effets de la remise. Paul, a-t-on dit, n'a entendu parler que du cas où il n'y a pas de société entre les créanciers. Il est vrai qu'au début il parle bien d'*argentarii socii* ; mais quand il généralise sa décision il ne répète pas ce dernier mot, il dit seulement : *idemque in duobus reis stipulandi dicendum est*. Il faut donc effacer le mot *sociis* au commencement de la loi. Ce qui le prouve, d'ailleurs, continue-t-on, c'est la décision même de Paul dans la L. 34, *De receptis*. Un *correus-stipulandi socius* fait avec le débiteur un compromis : ils s'en rapportent tous les deux à un arbitre pour trancher une difficulté au sujet de la créance, s'engageant *sub poena* à respecter la décision rendue. Ayant succombé, le créancier ne peut plus poursuivre le débiteur, à l'encontre de la sentence de l'arbitre, sans encourir la peine convenue. Si son associé poursuit le débiteur, la somme fixée par le compromis sera-t-elle due ? Oui, répond Paul avec raison ; autrement celui qui l'a fait en éluderait les conséquences, puisqu'il réclamerait par l'action *pro socio* à son cocréancier toute sa part dans la créance. Le compromis fait par l'un

des *correi-credendi socii*, nuit donc à l'autre; et il n'y a nulle raison de décider autrement pour le pacte *de non petendo*. Eh bien! non; c'est une erreur : le compromis ne nuit en aucune façon à celui qui ne l'a pas fait. Il obtiendra du débiteur le paiement de la créance tout entière : son action ne sera nullement paralysée par une exception; et la *pecunia compromissa* ne sera demandée qu'à l'auteur du compromis. Comme dernier argument, on ajoute : Il faut bien admettre que lorsqu'il y a société entre les *correi-stipulandi*, le pacte *de non petendo* fait par l'un nuise aux autres, sans quoi il ne nuirait même pas à celui qui l'a consenti, puisqu'il se ferait rembourser de son associé, par l'action *pro socio*, sa part dans la créance que celui-ci aurait touchée tout entière.

105. — Cette dernière objection, qui est assurément très-sérieuse, a donné naissance à une opinion intermédiaire. Le créancier étranger au pacte pourrait très-bien réclamer du débiteur la part qui doit lui rester dans l'objet de la dette, mais il serait repoussé par une exception de dol, s'il réclamait en outre la part du pactisant, s'il réclamait le paiement intégral de la dette. Ce n'est pas aller contre la doctrine de Paul qui dit que le pacte ne lui nuira pas, puisqu'il obtiendra ce qui, en définitive, lui appartient dans la créance. (C'est la solution du Code civil dans l'article 1198.) Cette explication ne saurait nous satisfaire. Il ne serait pas, en effet, exact de dire que la convention est sans effet à son égard, car, sans elle, il aurait obtenu le paiement de toute la dette entre ses propres mains. Le pacte *de non petendo* ne sera pas d'ailleurs complètement dénué d'effet. Il réduira, comme nous l'avons indiqué déjà, le

nombre des créanciers, et rendra plus facile un arrangement pour le débiteur. C'est, du reste, le seul effet qu'il produirait certainement s'il était fait par un *correns-stipulandi non socius*.

106. — Donc, comme conclusion, les effets du pacte *de non petendo* consenti par un *correns-credendi* sont les mêmes, qu'il y ait oui ou non société entre les créanciers.

107. — III. Nous avons déjà vu plus haut que la renonciation de l'*adstipulator* à son action est valable, mais peut quelquefois l'exposer à un recours en indemnité de la part du *stipulator* qu'elle ne saurait du reste enchaîner.

Nous devons, au contraire, décider que la renonciation du *stipulator* lie l'*adstipulator* et paralyse désormais son action contre le débiteur. Il y aurait, en effet, dol de sa part à lui réclamer une somme qui ne lui est pas due.

108. — IV. Les héritiers de celui qui a consenti un pacte *de non petendo* au débiteur ont toute liberté de le poursuivre quand le pacte n'a été fait qu'*in personam* au point de vue du créancier.

109. — A-t-il été, au contraire, fait *generaliter*, conçu par exemple en ces termes : *ne a Titio petatur*, le débiteur n'a plus à redouter la mort du créancier : il est désormais à l'abri de toute poursuite.

110. — V. L'ayant-cause à titre particulier du créancier, le cessionnaire de la créance, est un mandataire *in rem suam*. C'est donc l'action du mandant qu'il fait va-

loir, telle qu'elle se comporte. Paralysée par une exception entre les mains du cédant, elle le sera aussi entre celles du cessionnaire.

111. — L'exception sera toujours opposable à celui-ci, soit que le pacte *de non petendo* ait été accordé par le cédant, toujours seul titulaire de la créance en droit, avant la cession, soit qu'il l'ait été depuis, en droit classique du moins.

112. — Mais à partir du troisième siècle, il faut distinguer. Le pacte consenti par le créancier postérieurement à la cession ne sera plus invocable par le débiteur cédé lorsque la cession sera parvenue à sa connaissance d'une façon quelconque; la plus commode et la plus sûre était la notification du cessionnaire au cédé. La jurisprudence remédia ainsi à la mauvaise foi du débiteur. A l'exception *pacti* qu'il opposerait à la poursuite du cessionnaire celui-ci répondrait victorieusement par une *replicatio doli*. Celle-ci n'aurait même pas besoin d'être insérée dans la formule si le débiteur avait demandé l'exception *doli*, puisque cette exception a pour résultat de rendre l'action de bonne foi, dans quelques-unes de ses conséquences au moins.

113. — Avant de clore le chapitre qui traite des effets du pacte *de non petendo*, disons que ce pacte paralyse non-seulement l'action principale elle-même, mais aussi les actions accessoires auxquelles peuvent donner lieu le gage ou l'hypothèque. « De pignore jure honorario nascitur pacto actio : tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor, ne petam (L. 17, § 2). »

CHAPITRE IV.

Du pacte de non petendo imposé à la minorité par la majorité des créanciers d'un même débiteur.

114. — Nous avons eu occasion de mentionner ce pacte en traitant des personnes qui peuvent accorder un pacte *de non petendo*, et nous l'avons signalé comme une exception au principe qu'il ne lie le créancier que s'il émane de lui. Il eût été alors hors de propos de nous y étendre. Cette importante convention mérite cependant quelques développements que nous allons donner dans ce chapitre spécial.

115. — Appelé à recueillir une succession dont la solvabilité pouvait offrir quelques doutes, l'héritier hésitait souvent à en faire l'adition. Si, trop respectueux de la mémoire du défunt, il voulait lui éviter le dés-honneur d'une *bonorum venditio*, il s'exposait à voir son propre patrimoine devenir la proie des créanciers héréditaires. S'il ne voulait pas courir à la ruine, il sacrifiait la mémoire du défunt et laissait vendre sa succession; les créanciers devaient alors subir les lenteurs et les frais de la *bonorum venditio* pour arriver au paiement partiel de leurs créances. Pour éviter les

conséquences fâcheuses de ce dilemme, il intervenait souvent entre les créanciers de la succession et l'héritier une convention accordant à celui-ci remise d'une partie des dettes, et limitant à un dividende la somme due désormais à ceux-là. Mais il suffisait de l'absence ou du dissentiment de l'un des créanciers pour rendre cette transaction impossible.

116. — Marc-Aurèle décida qu'il suffirait du consentement de la majorité des créanciers héréditaires pour les lier tous et accorder valablement à l'héritier une remise partielle de toutes les dettes de la succession. Un décret du prêteur rendait obligatoire la décision de la majorité (L. 7, § 19).

117. — Comment se formera cette majorité? Papien l'indique dans la L. 8 : *Majorem esse partem, pro modo debiti, non pro numero personarum placuit*. C'est donc le montant des créances que l'on doit regarder, et non le nombre des créanciers. Au capital des créances on ajoutera les intérêts (L. 9, § 2). Il peut arriver que les deux opinions soient soutenues par le même chiffre de créances. Alors *plurium numerus creditorum præferendus est*. Si, par hasard, à l'égalité de valeur s'ajoutait l'égalité du nombre des titulaires, la balance pencherait du côté de celui qui *dignitate inter eos præcellit*. Et si, par impossible, le tout est prévu par Papinien, les plateaux de la balance restaient encore immobiles, *humanior sententia a prætore eligenda est* : la remise était donc accordée.

118. — En général, chaque créancier compte dans

la masse des créances pour la valeur de son titre, et dans la masse des créanciers pour une tête. Ainsi, si j'ai plusieurs créances contre le défunt, je n'aurai qu'une voix dans l'assemblée des créanciers (L. 9 pr.). Il arrive cependant souvent que plusieurs personnes n'aient qu'un seul suffrage ou bien qu'une seule personne dispose de plusieurs.

Et d'abord une seule voix est donnée à plusieurs créanciers quand ils n'ont qu'une seule action, parce qu'il n'y a alors qu'une seule dette. C'est ce qui se passe dans l'hypothèse de plusieurs *rei stipulandi* ou plusieurs *argentarii quorum nomina simul facta sunt* (L. 9 pr.). C'est ce qui se présente encore lorsqu'il y a pluralité de tuteurs pour le même pupille, *quia unius pupilli nomine convenerant*. S'il y avait plusieurs pupilles et un seul tuteur, celui-ci n'aurait encore qu'une seule voix, à condition toutefois qu'il y ait unité de dette. La remise consentie dans de telles circonstances n'était donc pas considérée comme une donation, puisqu'il était loisible au tuteur de l'accorder. Le plus souvent, en effet, c'était même un acte de sage administration, puisqu'en sacrifiant une partie de la créance compromise, on assurait le paiement du reste.

Je compterais, au contraire, pour deux dans la masse des créanciers, si je représentais deux personnes ayant un intérêt différent : par exemple, si, mandataire d'un créancier, j'étais titulaire moi-même d'une créance, ou si, chargé de deux tutelles différentes, j'avais dans les deux une créance contre la succession. Il est donc vicieux cet argument invoqué par Paul lorsqu'il vient de décider que le tuteur de plusieurs pupilles n'a qu'une voix : *nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat*;

puisque nous venons de voir ici une même personne remplir deux rôles à la fois. La véritable raison de sa décision juridique était qu'il y avait alors unité de tutelle, et par suite unité de dette.

119. — Le créancier à terme, étant définitivement créancier, prendra part au vote. La remise ne rendra pas sa créance immédiatement exigible. Qu'il en soit différemment dans la *bonorum venditio* où tout le patrimoine du défunt est englouti, on le comprend. Ici, au contraire, le droit du créancier est consolidé, il n'a plus pour gage seulement le patrimoine du défunt, mais aussi celui de l'héritier. Décider le contraire serait, du reste, une injustice : le créancier à terme perdrait, en effet, moins que les autres.

120. — La présence de créanciers conditionnels complique davantage la situation. Le créancier conditionnel a seulement *spem debitum iri*. N'ayant pas de droit actuel, il est difficile de l'admettre à la réunion des créanciers. Et cependant, si la condition se réalise, il réclamera le paiement de sa créance intégrale à l'héritier, car on ne peut lui opposer un pacte à la formation duquel il est resté complètement étranger. Pour parer à ce danger, l'héritier devait, avant d'entrer en accommodement avec les créanciers purs et simples de la succession, leur imposer l'alternative de le garantir contre l'action éventuelle des créanciers conditionnels ou de permettre à ceux-ci de participer à la délibération générale.

121. — Les créanciers qui n'avaient pas pris part au vote étaient liés par les décisions de l'assemblée. Pour-

quoi n'étaient-ils pas venus donner leur avis et leur suffrage? Cela ne souffre aucune difficulté pour les créanciers chirographaires. Ceux qui avaient une hypothèque, au contraire, ne pouvaient éprouver aucun préjudice de la remise accordée par les autres créanciers, l'hypothèque leur garantissant le paiement intégral de leur créance (L. 10 pr.). Quant aux créanciers privilégiés, nous trouvons deux textes qui semblent se contredire. Ulpien leur rend opposable le pacte de remise : « Et repeto, ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripsisse, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et cæteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. Hæc enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt (L. 10). » Paul décide le contraire : « Iniquum est auferri ei electionem, dit-il, sicut pignus, aut privilegium, qui potuit præsens idipsum proclamare nec desiderare decretum prætoris (L. 58, § 1, *Mandati*). » La solution de Paul, qui conserve aux créanciers leur privilège, semble plus juste et plus logique. Mais Ulpien s'appuie sur le rescrit d'Antonin pour fonder la sienne. Il serait étonnant que Paul ne connût pas ce rescrit : il le croyait peut-être abrogé par la constitution de Marc-Aurèle. On pourrait même à la rigueur concilier les deux textes. Le pacte *de non petendo* nuirait au créancier privilégié en ce sens que son droit n'aurait plus désormais pour objet qu'un dividende; mais il ne lui nuirait pas en ce sens que pour toucher ce dividende il conserverait son privilège.

122. — Paul fait une autre différence entre les créanciers qui ont pris part au vote et ceux qui étaient absents. Le pacte *de non petendo* lie les premiers même

envers les débiteurs accessoires, fidéjusseurs ou *mandatores credendæ pecuniæ*, qui ont cautionné la dette du défunt, car ils pouvaient faire contre eux telles réserves qu'ils voulaient. Ceux qui étaient absents ne le pouvaient pas : aussi conservent-ils le droit de poursuivre les *intercessores* pour le montant intégral de leurs créances. Du reste, l'héritier ne sera pas privé par contre-coup du bénéfice de la remise partielle qui lui a été accordée, car le pacte est opposable à la caution elle-même comme à tout créancier. Toutefois, si le créancier absent au moment du vote consentait à recevoir un dividende de l'héritier, il serait censé adhérer par là même au décret du prêteur et ne pourrait plus réclamer le surplus aux débiteurs accessoires (L. 58, § 1, *Mandati*).

123. — La remise n'étant accordée à l'héritier que lorsque la succession était insolvable, les legs laissés par le défunt ne pouvaient évidemment pas recevoir leur exécution. Cependant l'affranchissement testamentaire devait être respecté, lors du moins qu'il n'avait pas été fait en fraude des créanciers (L. 23, *Quæ in fraud. credit.*).

CHAPITRE V.

Cas où le pacte de non petendo opère ipso jure.

124. — Le droit civil ne sanctionne pas en principe la simple convention de remise. Dans quelques hypothèses cependant elle la reconnaît; et alors pour la faire valoir il n'est plus besoin de recourir à un moyen détourné : elle produit ses effets *ipso jure* ; elle éteint complètement et irrévocablement la dette.

125. — I. Certaines actions *ex delicto*, les actions *furti* et *injuriarum*, sont éteintes par un simple pacte. « Quædam actiones per pactum ipso jure tolluntur : ut injuriarum, item furti » (L. 17, § 1; L. 7, § 14; L. 27, § 2; L. 7 pr., *De condict. furt.*; L. 17, § 6, *De injuriis*).

Cette disposition est très-ancienne : elle provient de la loi des Douze-Tables. Nous avons, en effet, le texte pour l'action *injuriarum* : *si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto* (Tab. 8, § 1); et la L. 7, § 4, *De pactis*, ne laisse aucun doute au sujet de l'*actio furti* : *de furto pacisci lex permittit*. Le législateur, dit-on, a été ému lui-même de la sévérité des peines infligées à la personne coupable de vol ou d'injure et il a voulu en rendre l'application

plus rare en permettant à celle-ci de composer avec la victime.

Ce ne sont que les actions *pœnæ persecutoriæ* qui sont éteintes par le pacte *de non petendo*. La victime du vol a pour la réparation du préjudice qui lui est causé la *condictio furtiva* ou la revendication : cette action ne pourrait être éteinte par un pacte *de non petendo* (L. 7, *De condict. furt.*). En cas d'injure, la victime, ne subissant aucun préjudice pécuniaire, est dénuée d'action *rei persecutoria*. La remise de l'action *injuriarum* mettra donc le coupable à l'abri de toute poursuite.

126. — Les autres délits rentrent dans le droit commun et ne sauraient être effacés par une simple convention. La loi des Douze-Tables ne pouvait en parler, puisque d'une part la loi Aquilia lui est postérieure d'une centaine d'années, et que d'autre part l'action *vi bonorum raptorum*, plus récente encore, est d'origine prétorienne. Les parties ne pourraient-elles donc pas éteindre *ipso jure* l'action *legis Aquiliæ* en cas de *damnum injuria datum*? Si; elles n'auraient qu'à déduire dans une stipulation la valeur du dommage causé, puis à faire une acceptilation.

127. — II. L'obligation naturelle est aussi éteinte *ipso jure* par le pacte *de non petendo*.

« Naturalis obligatio, ut pecuniæ numeratione, ita justo pacto, vel jurejurando ipso jure tollitur : quod vinculum æquitatis, quo solo sustinebatur, conventionis æquitate dissolvitur, ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur (L. 95, § 4, *De solut.*). »

Ce texte de Papinien est bien clair. L'obligation naturelle, dit-il, est éteinte *ipso jure*, comme par le paie-

ment. Il donne même comme exemple le cas où un pupille s'est engagé *sine auctoritate tutoris* et a fourni un fidéjusseur : le pacte *de non petendo* consenti au pupille, obligé naturellement, libère du même coup, sans le secours d'aucune exception, le fidéjusseur qu'il a fourni. Remarquons, en passant, que si le pacte avait été fait avec le fidéjusseur, celui-ci, étant civilement obligé, ne serait plus libéré qu'*exceptionis ope*.

128. — Cependant on a contesté l'effet extinctif du pacte *de non petendo* à l'égard des obligations naturelles, en se fondant sur un texte de Paul, la L. 27, § 2, *De pactis*. Supposant un pacte *de non petendo* suivi d'un pacte de rétablissement, Paul dit : « Prius pactum per posterius elidetur : non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur : et ideo replicatione exceptio elidetur. » Donc, d'après Paul, le pacte *de non petendo* produit le même effet au point de vue des obligations naturelles qu'au point de vue des autres obligations : il n'opère jamais que par le moyen d'une exception.

129. — On a voulu concilier les deux lois. Papinien aurait seulement voulu dire que le pacte opère l'extinction de l'obligation naturelle *ipso jure æquitatis*, en équité, sans décider qu'il ne sera pas nécessaire de recourir à un moyen prétorien. Mais les mots *ipso jure* n'ont jamais signifié autre chose que *en droit civil*. Du reste, Papinien fait un rapprochement entre le pacte *de non petendo* et le paiement en espèces. Une autre explication de l'apparente contradiction des deux lois serait

de dire que Papinien et Paul n'ont pas statué sur la même hypothèse.

Il vaut mieux, croyons-nous, accepter franchement l'antinomie des deux textes. Quoi d'étonnant d'ailleurs que les deux jurisconsultes ne soient pas de la même opinion, puisque la théorie des obligations naturelles est l'œuvre même des jurisconsultes !

130. — L'effet extinctif *ipso jure* du pacte *de non petendo*, dans l'hypothèse qui nous occupe, est l'extension de la règle romaine *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*, pour ceux du moins, qui, comme nous, admettent que la simple convention suffit pour donner naissance à l'obligation naturelle.

131. — III. Les obligations nées d'un contrat consensuel se dissolvent également *mutuo dissensu*, par la seule convention des parties.

132. — Cette dérogation aux principes du droit civil romain, bien plus ancienne que la précédente, était la conséquence, nous pouvons dire nécessaire, de l'exception admise pour la formation des contrats consensuels. C'était encore l'application de l'idée qu'à un mode de formation de l'obligation correspond un mode d'extinction semblable. C'est ce qu'indiquent les L. 35 et 100, *De reg. juris*, 3 et 5, § 1, *De rescind. vend.*, et ce passage même des Institutes : *Hoc amplius ex obligationes quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur* (*Inst.*, lib. III, tit. xxix, § 4).

Ulpien, dans la L. 7, § 6, *De pactis*, en donne une autre explication que nous exposerons et réfuterons plus loin.

133. — Toutefois, pour que la simple convention des parties ait le pouvoir d'anéantir le contrat consensuel, il faut que *la contraria voluntas* se manifeste *re nondum secuta, re integra*. Prenons comme exemple *l'emptio-venditio*. Si l'une des deux obligations du contrat a été exécutée, *le mutuus dissensus* n'est plus possible, car une convention nue ne peut éteindre qu'une autre convention nue. Et il n'y a aucune distinction à établir entre l'exécution totale ou partielle de la tradition ou du paiement (L. 2, C. *Quando lic. ab empt. disc.*) (1).

134. — Si les parties ont revêtu leur consentement de la forme de la stipulation, si elles ont fait novation, le *mutuus dissensus* ne vaudra plus que comme un simple pacte *de non petendo*, car il n'y a que les contrats formés *mutuo consensu* qui puissent se dissoudre *contraria voluntate* (L. 3, *De resc. vend.*).

(1) Faudrait-il donner la même décision s'il n'y avait eu encore ni paiement ni tradition, mais qu'une obligation accessoire comprise dans le contrat eût reçu son exécution? En un mot, faut-il dire que le plein effet du *contrarius consensus* est empêché seulement par l'exécution d'une des obligations qu'il est de l'essence du contrat d'engendrer, ou qu'il l'est par tout acte d'exécution, même portant sur une clause accidentelle? Supposons, par exemple, que le vendeur ait fourni le fidéjusseur qu'il s'était engagé à donner dans son contrat. Il est encore loisible aux parties, dit Papinien, d'anéantir la vente dont la résolution entraînera *ipso jure* la libération du fidéjusseur. (L. 95, § 12, *De solut.*). « Si inter emptorem et venditorem convenit, priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emptione discedatur : fidejussor eo nomine acceptus soluto contractu liberabitur. » Ce n'était cependant pas l'avis de tous les jurisconsultes. Paul, plus rigoureusement logique que Papinien, ne voit dans ce tardif changement de volonté qu'un double pacte *de non petendo* ordinaire, n'agissant plus *ipso jure*, et ne libère le fidéjusseur, de même que le vendeur et l'acheteur, qu'au moyen d'une exception (L. 3, *De resc.*

135. — Enfin on ne peut plus considérer la *res* comme *integra* toutes les fois que, pour un motif quelconque, même indépendant de la volonté des parties, l'une des obligations engendrées par le contrat se trouve éteinte; comme cela arrive lorsque l'objet de la vente périt entre les mains du vendeur avant toute tradition. « *Mortuo autem homine, perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset* (L. 5, § 2, *De resc. vend.*). »

136. — Le *contrarius consensus* n'opère donc que s'il peut éteindre simultanément toutes les obligations créées par le contrat. Étant, en effet, le mode de dissolution des contrats consensuels, essentiellement synallagmatiques, il doit produire une double libération. Toute autre convention de remise ne serait plus le *contrarius consensus* (1).

vend.). Bien qu'on ait essayé de concilier les deux textes, soit en prétendant que rien n'indique dans la décision de Papinien que le fidéjusseur soit libéré *ipso jure*, ce qui, au contraire, selon nous, ressort manifestement des mots *soluta contractu liberabitur* et du soin que le jurisconsulte a eu de choisir justement l'hypothèse où les parties n'ont encore rien donné, soit en déclarant que dans l'hypothèse prévue il s'agit d'un vendeur que son contrat n'oblige pas à donner un fidéjusseur et qui le fournit de bonne volonté ou par suite d'une convention postérieure, fait assurément extrêmement rare, nous ne croyons pas pouvoir en dissimuler l'antinomie, surtout lorsque Paul semble lui-même l'accuser par cette expression : *quæsitum est*.

La dation d'arrhes ne constitue pas un commencement d'exécution du contrat. Elles ne sont, en effet, qu'un *argumentum* du contrat. C'est donc bien différent du paiement d'une partie du prix de vente (L. 2, C. *Quando lic. ab empt. disc.*).

(1) Il arrive quelquefois que l'intention réciproque d'annuler le contrat soit dissimulée sous l'apparence d'une remise unilatérale, comme lorsque, *re adhuc integra*, l'une des parties consent à l'autre un pacte *de non petendo*. Aussi, mettant tout rigorisme de côté et

137. — Puisque le *mutuus dissensus* nous a amené incidemment à parler des pactes adjoints, nous allons rechercher s'il n'y avait pas certains cas où un pacte de *non petendo*, adjoint à un contrat, opérerait en droit civil la libération de celui qui l'avait reçu.

138. — Et d'abord il agira *ipso jure* toutes les fois qu'il aura été adjoint *in continenti* à un contrat de bonne foi. *In bonæ fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si in continenti fiat* (L. 13, C. De pactis). Et

par une sage interprétation de la volonté des parties, tient-on dans cette hypothèse le contrat pour entièrement supprimé (L. 5 pr., De rescind. vend.; L. 23, De accept.). Notons toutefois qu'une telle présomption devrait évidemment s'anéantir devant la preuve d'une volonté contraire.

Si les parties ont déjà exécuté quelques-unes des obligations créées par le contrat, et qu'elles s'en repentent, sont-elles donc liées irrévocablement et malgré elles par ce contrat? Non, elles peuvent remettre les choses dans leur état primitif, rétablir la *res integra*; et alors rien ne s'oppose plus à l'efficacité du *mutuus dissensus*. C'est ce que Nératius, s'appuyant sur l'autorité d'Ariston, décide dans la L. 58, De pactis. Peu importe que la *contraria voluntas* intervienne *rebus integris* ou bien *in integrum restitutis*. Ainsi donc si l'objet de la vente ayant été livré et le prix non payé encore, les parties veulent résoudre le contrat, le vendeur réclamera à l'acheteur l'objet dont il lui a fait tradition; et la vente se trouvera résolue par le seul accord de leurs volontés. Nératius commet cependant une inexactitude quand il dit que la convention des parties ne peut avoir pour résultat de forcer l'une d'elles à restituer à l'autre ce que celle-ci lui a déjà fourni. Elle le peut; mais ce ne sera pas un *mutuus dissensus*: cette convention, qui diffère du *mutuus dissensus* en ce qu'elle peut intervenir en toutes circonstances, et apporter quelques modifications aux clauses primitives du contrat, comme l'augmentation du prix de l'objet, est une revente. Si le prix de revente est augmenté, il y aura compensation entre celui que devait l'acheteur et celui pour lequel il revend: le surplus seulement sera payé (L. 2, C. Quando lic. ab empt. disc.).

Le *mutuus dissensus*, agissant à l'inverse du *mutuus consensus*,

la raison, c'est que le pacte ne fait qu'un avec le contrat lui-même, c'est que *pacta conventa insunt bonæ fidei contractibus* (L. 7, § 5, *De pactis*).

139. — Adjoint *ex intervallo* aux contrats de bonne foi, le pacte *de non petendo non inest contractui*; n'étant plus soutenu par le contrat, livré à sa propre force, il ne peut pas produire ses effets *ipso jure*, *ne ex pacto actio nascatur*. Plus favorisé toutefois que le pacte qui tend à créer une obligation, il sera sanctionné par une exception. Si le pacte tendant à créer l'obligation reste

est le mode d'extinction des contrats consensuels. Il ne servira pas cependant le plus souvent à anéantir purement et simplement le contrat : son application eût été alors bien restreinte. Son grand intérêt pratique est de permettre aux parties de modifier après coup les obligations essentielles résultant du contrat. Prenons pour exemple un contrat de vente dont aucune obligation n'ait été encore exécutée. Les parties conviennent d'apporter une modification soit au prix soit à la chose vendue. Leur convention produira-t-elle son effet *ipso jure*? Considéré comme pacte adjoint *ex intervallo* à un contrat de bonne foi, elle n'eût opéré qu'*exceptionis ope*; cet aspect fut probablement le premier sous lequel on l'envisagea. Une plus fine analyse la dédoublait, et y vit deux conventions : une *contraria voluntas* pour anéantir l'ancienne vente et un *mutuus consensus* pour en former une autre sur une base nouvelle. C'est la théorie de Pomponius, de Paul et d'Ulpien (L. 72, *De contr. empt.*; L. 7, § 6, *De pactis*; L. 2, *De resc. vend.*). Voici les termes bien expressifs de la L. 72, *De contr. empt.* : « Paulus notat, si omnibus integris manentibus, de augendo vel minuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu, et nova emptio intercessisse videtur. » Deux conditions sont nécessaires pour que les modifications postérieures des parties opèrent ainsi *ipso jure*. Il faut d'abord évidemment que le contrat n'ait reçu aucune exécution : autrement le *contrarius consensus* ne pourrait agir efficacement; et ensuite que le changement touche à la *substantia* du contrat : s'il n'avait lieu que *circa adminicula*, on ne pourrait plus voir dans l'opération l'intention de dissoudre l'ancien contrat, et ce ne serait plus qu'un simple pacte adjoint *ex intervallo* (L. 72, *De contr. empt.*).

inefficace, c'est que pour le faire valoir il faudrait poursuivre la partie adverse et que *ex nudo pacto actio non nascitur*. Aussi, dans le cas où celui qui l'a obtenu viendrait à jouer le rôle de défendeur, son pacte serait protégé par l'édit du préteur, et serait désormais opposé sous forme d'exception. Si donc l'acheteur, après la vente, obtient du vendeur naturellement tenu par l'effet du contrat de la *cautio duplæ* la promesse de fournir en outre un fidéjusseur, il ne pourra pas le réclamer par l'action *empti*; mais s'il est poursuivi par le vendeur, il repoussera l'action *venditi* par une exception de dol : « Agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis, agente venditore (L. 72, *De contr. empt.*). »

140. — Papinien emploie une expression défectueuse lorsqu'il dit au commencement de cette L. 72, *De contr. empt.*, que les pactes tendant à diminuer l'obligation *contineri contractu videntur*. Ce n'est pas exact, en effet, pour les pactes adjoints *ex intervallo*. A la vérité, il n'y aura pas lieu à l'insertion de l'exception dans la formule de l'action délivrée par le préteur, par cette raison que dans les actions de bonne foi les exceptions fondées sur l'équité sont toujours sous-entendues. Mais l'obligation que les parties avaient l'intention de restreindre dans leur convention postérieure n'en subsiste pas moins intégralement *jure civili*. Elle est si peu éteinte qu'un simple pacte de rétablissement, débarrassant l'action du demandeur de l'exception qui la paralysait et lui rendant par suite son efficacité, lui permet d'obtenir tout le montant de l'obligation primitive. C'est ainsi que si l'acheteur a fait remise au vendeur de l'obligation de

fournir la *cautio duplæ* et que plus tard il obtienne du vendeur une renonciation à la remise, il pourra poursuivre la prestation de la *cautio* par l'action *empti*.

141. — Ceci va nous permettre d'apprécier, comme nous l'avions annoncé plus haut, la théorie d'Ulpien sur la nature et la manière d'agir du *contrarius consensus* intervenant *integris omnibus*. Il en rattache l'effet extinctif à la règle que les pactes adjoints *ex intervallo* à un contrat de bonne foi engendrent des exceptions qui sont sous-entendues dans la formule. Le *mutuus dissensus* n'étant, d'après lui, que la réunion de deux pactes *de non petendo* réciproques, les deux obligations produites par le contrat ne seraient pas éteintes *ipso jure*, mais seulement paralysées par une exception *pacti* : « Adeo autem bonæ fidei judiciis exceptiones postea factæ, quæ ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet, in emptione cæterisque bonæ fidei judiciis, re nondum secuta posse abiri ab emptione (L. 7, § 6). » La doctrine d'Ulpien n'est évidemment pas la doctrine romaine. Elle est d'abord en opposition avec la règle *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*. Puis nous voyons partout indiqué l'effet énergique, extinctif *ipso jure*, de la *contraria voluntas* (Inst., § IV, *Quibus modis obl. tol.* — L. 35, *De reg. jur.* — L. 80, *De solut.*). La L. 21, § 4, *Quod metus causa* compare son effet à celui de l'acceptilation, et la L. 2, *De resc. vend.* dit : *Infecta fit emptio*.

142. — Le pacte *de non petendo* adjoint *ex intervallo* à un contrat de droit strict ne produit jamais qu'une exception. Il n'y a donc aucune différence à établir à ce point de vue entre les contrats de bonne foi et ceux de

droit strict. Celui qui a obtenu le pacte aura toutefois besoin de faire insérer l'exception dans la formule déliivrée par le magistrat; car le juge de l'action *stricti juris* est complètement lié par ses termes.

143. — Adjoint *in continenti* à un contrat de droit strict il eut aussi besoin au commencement du secours du prêteur pour être respecté. Les *verba*, les *litteræ*, la *res* créaient et limitaient inflexiblement l'obligation. Le droit civil finit cependant par mentionner le pacte tendant à diminuer l'obligation ⁽¹⁾.

Les textes manquent à la vérité pour le contrat *litteris*. Cela tient probablement à ce que son usage devint de plus en plus rare et à sa disparition avant Justinien.

Ils sont au contraire formels pour le *mutuum* et la stipulation.

« Si tibi dederò decem, ut novem debeas : Proculus ait, et recte, non amplius te ipso jure debere quam novem, » dit la L. 44, § 1, *De rebus cred.* Le pacte le plus utile en cas de *mutuum* est assurément celui *de non petendo ad tempus* : on ne comprendrait guère que l'emprunteur pût être obligé de restituer immédiatement. Il est donc probable qu'il fut sanctionné le premier, peut-être même toujours. Le prêteur qui, au moment du prêt, avait accordé un terme pour la restitution, ne pouvait plus agir avant son arrivée sous peine de commettre la plus *petitio tempore*. Le prêteur pouvait aussi permettre à l'emprunteur de se libérer en plusieurs fois (L. 44, § 1, *De usur.*).

(1) Sanctionna-t-il aussi le pacte dont le but était d'augmenter l'obligation? Nous n'avons pas à le rechercher ici.

Cette dérogation au vieux formalisme romain dut être admise plus tard en matière de stipulation. Son besoin, du reste, s'y faisait moins sentir, car rien n'empêchait les parties, nécessairement présentes au contrat, de donner à leur convention accessoire la forme juridique d'une stipulation. Nous la voyons établie au III^e siècle : *quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur* (L. 40, *De reb. cred.*). Et voici un exemple donné par Paul : « Ex facto etiam consultus cum convenisset ut donec usuræ solverentur sors non peteretur, et stipulatio pure concepta fuisset, conditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset (L. 4, § 3, *De pactis*; L. 1, § 3, *De verb. obl.*). »

CHAPITRE VI.

Comparaison du pacte de non petendo avec l'acceptilation.

144. — Tous les deux ont pour but l'extinction d'une obligation. Mais tandis que l'acceptilation, aussi ancienne que le contrat *verbis* dont elle est le mode d'extinction, a reçu la forte empreinte de l'ancien droit civil, le pacte *de non petendo* n'a été consacré que bien plus tard et seulement par le prêteur, qui, sans contredire ouvertement le droit civil, jugea cependant équitable de sanctionner la volonté des parties par les moyens qui se trouvaient à sa disposition.

145. — A cette différence dans l'origine devaient nécessairement correspondre de nombreuses dissemblances dans la formation et dans les effets. Ce sont ces dissemblances que nous allons maintenant faire ressortir. Elles nous donneront encore une idée plus complète et plus nette du fonctionnement du pacte *de non petendo*.

146. — Nous les étudierons à trois points de vue : au point de vue des formes, de la capacité des personnes et des effets.

§ 4.

Différences dans les formes.

147. — L'acceptilation nécessite des paroles solennelles. A l'interrogation du débiteur : *quod tibi sponendi acceptumne habes?* le créancier répond : *habeo acceptum.*

Le pacte *de non petendo* existe par le seul fait du consentement des parties quel qu'en soit le mode de manifestation. Et de là découlent de nombreuses conséquences pratiques.

148. — Si l'une des parties ne pouvait prononcer la formule de l'acceptilation ; par suite d'absence, de surdité, de mutisme, l'acceptilation était impossible. Le pacte *de non petendo* n'y trouvait au contraire aucun obstacle.

Notons cependant que ce grand inconvénient de l'acceptilation pouvait assez facilement être corrigé ; il suffisait de la faire précéder d'une novation. Rien n'empêchait, en effet, le créancier dont le débiteur était absent, de stipuler d'une autre personne ce que celui-ci lui devait et d'éteindre ensuite la dette *verbis*. Si le créancier qui voulait libérer son débiteur était muet, il pouvait lui faire faire une novation par changement de créancier pour rendre possible l'acceptilation.

149. — Le pacte *de non petendo* peut s'appliquer à toute obligation, soit *ex contractu*, soit *ex delicto*.

L'acceptilation n'éteint que les obligations nées *verbis*. Probablement à l'origine elle ne s'appliqua même qu'à la stipulation : c'est en effet une stipulation en sens inverse, comportant une interrogation et une réponse. Son domaine s'étendit plus tard au *jusjurandum liberti* (L. 13 pr., *De accept.*); et aussi, tout le porte à croire, à la *dotis dictio*. La novation par changement de cause remédiait encore ici à l'infériorité de l'acceptilation.

150. — Le pacte *de non petendo*, création du préteur, fut toujours du *jus gentium*.

Réservée aux citoyens romains tant que la stipulation resta fermée aux pérégrins, l'acceptilation leur fut ouverte en même temps que celle-ci : ils durent toutefois user d'une formule autre que celle *quod tibi sponpondi acceptumne habes* (L. 8, § 4, *De accept.*).

151. — Toutes les modalités peuvent être ajoutées au pacte *de non petendo*.

L'insertion d'un terme ou d'une condition vicie l'acceptilation, *actus legitimus* (L. 4 et 5, *De accept.*). Cela contredit la formule pure et simple : *habeo acceptum*. Sous-entendus, au contraire, le terme et la condition peuvent valablement intervenir. C'est ainsi que l'acceptilation *dotis causa* est nécessairement faite sous la condition tacite *si nuptiæ sequantur* (L. 77, *De reg. jur.*). Lorsque la condition ne résultait pas de la force même des choses, on pouvait en convenir dans un acte distinct de la formule même de l'acceptilation.

152. — Le point de savoir si l'acceptilation pouvait être faite pour une partie seulement de la dette était

douteux du temps de Gaius (C. III, § 172). Il devait y avoir, en effet, une symétrie parfaite entre l'obligation née *verbis* et l'acceptilation. Justinien ne soulève plus aucune difficulté à cet égard (*Inst.*, § 1, *Quibus modis obl. toll.* — L. 10 et 13, § 1, *De accept.*).

Elle n'exista jamais pour le pacte *de non petendo*.

153. — En cas de dette alternative ou de genre, rien n'empêche le débiteur de demander acceptilation lorsque le choix lui appartient : il le déterminera dans son interrogation. Quand le choix est réservé au créancier, le peut-il encore? Le formalisme dut évidemment d'abord répondre non. Il est probable qu'ensuite on passa outre et que l'acceptilation fut validée, car le créancier par le fait même qu'il consent à répondre à l'interrogation, s'approprie le choix du débiteur.

Dans le pacte *de non petendo* on ne regarde jamais que l'intention des parties.

§ 2.

Différences au point de vue de la capacité.

154. — L'acceptilation exige l'intervention personnelle du créancier et du débiteur.

Il est donc complètement impossible qu'elle soit faite par l'intermédiaire d'un mandataire : le mandataire ne représente pas le mandant à Rome (L. 10 et 13, § 10, *De accept.*). On arriverait toutefois au même but au moyen d'une novation préalable. Le tuteur qui voudrait faire acceptilation à titre onéreux, bien entendu, de la

créance de son pupille, devrait d'abord faire novation avec le débiteur, et, devenu lui-même créancier, il pourrait en disposer à sa guise.

Les personnes placées sous notre puissance ne peuvent non plus jamais accorder une acceptilation à notre débiteur, même sur notre ordre. *Servus nec jussu domini acceptum facere potest* (L. 22, *De accept.*). Si l'*alieni juris* avait promis même *jussu domini*, la dette, en droit civil, n'incomberait pas au *dominus*.

L'*alieni juris*, au contraire, reçoit très-valablement acceptilation pour le *paterfamilias*. Il le représente, en effet, toujours pour rendre sa condition meilleure. Et il en serait ainsi lors même qu'il la recevrait à l'insu ou contre la volonté du *paterfamilias*. C'est encore ici la même règle que pour la stipulation.

Le pacte *de non petendo*, avons-nous vu, peut être conclu par un mandataire agissant dans les limites de son mandat. Et non-seulement il est consenti régulièrement à l'esclave ou au fils de famille, mais il peut même être accordé valablement par eux dans certaines hypothèses que nous avons examinées.

§ 3.

Différences dans les effets.

155. — Etant un paiement fictif, l'acceptilation produit tous les effets du paiement réel. Elle éteint l'obligation *ipso jure* et *erga omnes*. Le pacte *de non petendo* ne porte aucune atteinte à l'existence de l'obligation : il crée seulement au profit d'une ou plusieurs personnes

un moyen de défense contre le créancier. C'est là la différence essentielle entre ces deux modes de libération : toutes les autres n'en sont que la conséquence.

156. — Il n'est pas nécessaire d'invoquer l'acceptilation *in jure*, devant le magistrat qui délivre la formule. Le juge, saisi par celle-ci de la mission de décider *si paret dare oportere*, répondra évidemment *non paret*, puisqu'en droit civil il n'y a plus d'obligation.

Le débiteur qui a reçu un pacte *de non petendo*, doit faire insérer son exception dans la formule sous peine d'être condamné *in judicio* par le juge. Il ne contredit pas, en effet, directement l'*intentio*, il ne se prétend pas libéré en droit civil. Le juge ne pourra donc pas examiner sa prétention s'il n'en n'a reçu l'ordre par ces mots : *nisi pactum sit ut non peteretur*. L'insertion de l'exception de pacte ou de dol n'est toutefois pas nécessaire dans la formule des actions de bonne foi où l'on sous-entend toujours les moyens de défense fondés sur l'équité.

Il ne serait pas exact de croire qu'après la disparition de l'*ordo judiciorum* et l'avènement de la *cognitio extraordinaria* il ne subsista plus de différence de procédure entre ces deux institutions. Le défendeur ne fut recevable à invoquer le pacte *de non petendo* qu'*in limine litis*, tandis qu'il put opposer l'acceptilation pendant toute la durée de l'instance.

157. — L'acceptilation opérant à la manière du paiement réel (L. 5, *De accept.*), éteint la dette *erga omnes* du moment qu'elle est intervenue entre personnes pouvant valablement en faire et en recevoir le paiement.

Le débiteur qui l'a obtenue de l'un des *correi-stipulandi* est désormais à l'abri de toute poursuite. Le créancier qui l'a accordé à l'un des *correi-promittendi* est dépourvu de toute action. Faite au fidéjusseur, elle libère toujours le débiteur principal. Faite par l'*adstipulator*, elle anéantit la créance du *stipulator*. La loi Aquilia prévoyait même dans son deuxième chapitre l'hypothèse où l'acceptilation de l'*adstipulator* aurait préjudicié au créancier principal.

Nous savons, au contraire, que le pacte *de non petendo*, consenti à l'un des *correi-debendi*, ne pourra être invoqué par les autres qu'autant qu'il aura été fait *in rem* et que les débiteurs seront *socii*; que, consenti par l'un des *correi-credendi*, il ne saurait entamer le droit des autres créanciers, lors même qu'il y aurait société entre eux; qu'à moins d'être fait *generaliter*, il restera personnel au fidéjusseur qui l'a obtenu; et enfin qu'il ne nuira pas au créancier principal s'il a été l'œuvre de l'*adstipulator*.

Nous avons, du reste, pu juger en étudiant le pacte *de non petendo* comme moyen d'exécution des legs de libération de l'emploi et de l'effet de chacun de ces deux modes d'extinction de l'obligation selon la portée plus ou moins large des termes du testament ou du codicille.

158. — Anéantie par l'acceptilation, l'obligation ne saurait recouvrer ensuite la vie par une manifestation contraire de la volonté des parties. Rien ne les empêche, il est vrai, de jeter dans le moule d'une stipulation l'objet de l'ancienne obligation. Mais les garanties de l'ancienne créance ne seront plus attachées à la nouvelle. Une nouvelle promesse du fidéjusseur, une nouvelle cons-

titution d'hypothèque sera nécessaire pour la cautionner.

Une controverse s'élevait, avons-nous vu, pour savoir si un pacte de rétablissement fait par le débiteur principal après un pacte *de non petendo* resserrait les liens du fidéjusseur, relâchés par la première convention. A part ce point douteux, le pacte *ut peteretur* rendait à la créance son antique énergie et détruisait à son tour l'exception *doli* ou *pacti* par une *replicatio doli* ou *pacti*.

159. — L'obligation éteinte par l'acceptilation ne laisse plus de base à la novation. Elle ne peut non plus servir d'appui à un engagement accessoire.

Il en est autrement de l'obligation paralysée par un simple pacte *de non petendo* : elle existe en droit civil.

160. — On ne comprendrait pas le legs du montant de la dette dont il a reçu acceptilation laissé par l'ancien débiteur à l'ancien créancier.

S'il n'avait obtenu qu'un pacte *de non petendo* son legs serait très-valable; il ne manquerait plus d'objet : *remissa creditori exceptio videtur* (L. 28 pr., *De legatis*).

161. — Le créancier a libéré son débiteur soit pour frauder ses propres créanciers, soit par suite de manœuvres dolosives ou de violence. Une réparation est due. Comment se fera-t-elle?

Si la libération a eu lieu *in fraudem creditorum*, le débiteur évitera la condamnation du juge de l'action Paulienne en consentant un pacte de rétablissement dans l'hypothèse où il n'a reçu lui-même qu'un pacte *de non petendo*. Mais si une acceptilation est intervenue, il devra, ce qui pourra présenter quelquefois des difficultés,

contracter une nouvelle obligation dans des conditions absolument semblables à celles de l'obligation antérieure.

Si la libération est le résultat du dol ou de la violence, le créancier auquel le pacte *de non petendo* a été extorqué peut poursuivre sans crainte le paiement de sa créance; à l'exception *pacti* il répondra victorieusement par une *replicatio doli*. A-t-il au contraire fait acceptilation, son ancienne action ne peut plus lui servir : il devra demander au magistrat la délivrance d'une action *de dolo* ou *quod metus causa* qui forcera le défendeur à replacer le créancier dans son ancienne position au moyen d'une nouvelle stipulation. Quelquefois cependant, mais rarement, l'acceptilation sera elle-même effacée et l'ancienne obligation reprendra vie par l'effet de l'*in integrum restitutio*.

162. — Supposons, sous l'empire de la loi Cincia, une acceptilation à titre gratuit d'une dette dont le montant excède le *modus legitimus*. La dette est définitivement éteinte, la donation est parfaite (L. 2, C. *De accept.*).

Dans la même hypothèse, le pacte *de non petendo* laisserait au donateur la ressource de son ancienne action; et l'exception *pacti conventi* serait repoussée par la *replicatio legis Cinciae* (L. 4, § 4, *Quib. mod. pign. solv.*).

163. — L'acceptilation faite à titre onéreux, *ob rem*, devient la source d'une action. Ce sera l'action *de dolo* ou *præscriptis verbis*, selon les temps et les systèmes, selon qu'on croira, ou non, à la formation d'un contrat innommé ⁽¹⁾.

(1) Le contrat innommé fut admis d'assez bonne heure, bien qu'après controverse, dans l'hypothèse de *facio ut facias*. Il finit par

Fait en vue d'obtenir une prestation, le pacte *de non petendo* ne donnera pas naissance à un contrat innommé; il ne donnera non plus jamais droit à l'action *de dolo*. Ce serait trop contraire à la règle *ex pacto actio non nascitur*. La remise ne sera donc définitive que lorsque la prestation aura été exécutée.

164. — Nous ne pouvons mieux faire, pour développer et expliquer cette dernière différence entre l'acceptilation et la convention de remise, que de les regarder un instant toutes les deux à l'œuvre dans la formation d'une transaction.

La transaction est une convention par laquelle les parties, tranchant une question litigieuse, se font mutuellement des concessions pour entrer dans une situation juridique nette et bien déterminée. L'une abandonne un droit ou une partie d'un droit sujet à contestation, à condition que l'autre lui accorde en retour un certain avantage. En un mot, la transaction a un double but : l'extinction d'un droit actuel mais incertain, la création d'un droit moindre, mais certain.

Pour arriver au premier résultat, les parties ont à leur disposition soit le pacte *de non petendo*, soit l'acceptilation, précédée au besoin d'une novation. Pour atteindre le second, elles ont à choisir entre la simple convention et la stipulation de la prestation.

L'abandon de l'ancien droit contesté s'est fait au moyen

l'être aussi, très-probablement, dans l'hypothèse de *facio ut des*, bien que Justinien ne le mentionne pas. Nous voyons déjà dans la L. 7, § 2, *De pactis* Mauricien et Ulpien reprocher à Julien de méconnaître l'existence d'un contrat dans le cas où une personne aurait affranchi un esclave pour obtenir la dation d'un autre.

d'une acceptilation. Il est éteint *ipso jure*. Son ancien titulaire possède toujours une action pour obtenir la prestation qui lui est due. A-t-elle été stipulée, il agira *ex stipulatu*; a-t-elle simplement été convenue, il intentera l'action *prescriptis verbis*, ou tout au moins l'action *de dolo*.

L'abandon du droit douteux a été fait par un pacte. Il n'est pas éteint *ipso jure*. Mais l'avantage promis en retour pourra-t-il, du moins, être sûrement obtenu? Oui, s'il a été stipulé : l'action *ex stipulatu* fournira au demandeur la prestation qui lui est due. Il ne pourrait plus agir par son ancienne action : elle est désormais paralysée par l'exception *pacti conventi* ou *doli mali*. S'il n'a été l'objet que d'un simple pacte, il ne saurait donner lieu à une action. L'ancienne créance, d'un autre côté, est paralysée par une exception. La transaction n'aurait-elle donc servi qu'à enrichir indûment le débiteur? Non : si le débiteur, n'exécutant pas de bonne volonté la convention, se laisse poursuivre par l'ancienne action et oppose l'exception *pacti*, le demandeur en triomphera par la *replicatio doli*, qui fera condamner le défendeur à lui fournir l'avantage que la transaction devait lui procurer (L. 28 et 36, C. *De trans.*); s'il n'oppose pas l'exception *pacti*, il plaidera au fond sur l'existence et l'étendue de l'ancienne obligation, comme s'il n'était intervenu aucune transaction : de telle sorte, qu'en définitive, l'exécution de la transaction est abandonnée à la discrétion du débiteur.

165. — Nous pouvons dire, en concluant, que l'acceptilation et le pacte *de non petendo* ont chacun leurs avantages et leurs inconvénients : l'une, a la forme

strictement déterminée, plus restreinte dans son application, ne pouvant produire que des effets fixés *a priori* par la loi, mais agissant toujours avec la plus grande énergie; l'autre, formé par le seul consentement, pouvant s'adapter à toute espèce d'obligations, mesurant ses résultats d'après la commune intention des parties, mais n'éteignant jamais la dette en droit civil, permettant seulement de paralyser l'action au moyen de secours prétoriens.

166. — Le pacte *de non petendo* néanmoins réalise un grand progrès sur l'acceptilation, en ce qu'il est d'un usage universel et qu'il respecte la libre initiative des parties en leur permettant de déterminer elles-mêmes toutes les conséquences de leur convention. On ne devait, d'ailleurs, jamais oublier de demander au magistrat l'insertion de l'exception dans la formule de l'action de droit strict. Et cet inconvénient disparut en même temps que le système formulaire.



DROIT FRANÇAIS

DES PARTAGES

D'ASCENDANTS

DROIT FRANÇAIS.

DES PARTAGES D'ASCENDANTS.

PRÉLIMINAIRES HISTORIQUES.

L'institution des partages d'ascendants remonte à la plus haute antiquité. On en retrouve la trace dans toutes les législations. Nous la voyons mentionnée dans l'Écclésiaste (1) et fonctionnant dans l'Inde et à Athènes (2). C'est qu'il est du caractère et de la nature de l'homme de s'intéresser à ce que deviendra son patrimoine après sa mort, de savoir comment s'en opérera la distribution entre ses enfants, de la régler lui-même suivant les goûts, les besoins, les aptitudes et l'avantage de chacun, de revivre ainsi dans leur personne en assurant, autant qu'il lui est possible, la perpétuité de la destination qu'il avait

(1) Chap. XXXIII, § 24.

(2) Boissonnade, *Histoire de la réserve héréditaire*, n^{os} 29 et suiv., 49 et suiv.

réservée aux différentes parties de son patrimoine, de la direction qu'il leur avait imprimée.

« Ce droit est le corollaire de celui que les lois de presque tous les peuples civilisés reconnaissent aux citoyens qu'elles n'ont pas frappés d'incapacité, de disposer de leurs biens, soit par donation, soit par testament » (Daloz, *Disp. entre-vifs*, n° 2245).

Avant d'expliquer les textes qui régissent actuellement le partage d'ascendant, il est nécessaire de passer succinctement en revue les sources auxquelles a puisé le rédacteur du Code civil, de jeter un rapide coup d'œil sur les dispositions du droit romain, de notre ancien droit français et de la législation intermédiaire ayant trait au sujet qui nous occupe.

CHAPITRE PREMIER.

Droit romain.

SOMMAIRE.

1. — Liberté testamentaire absolue à l'origine.
2. — Elle reçut bientôt des entraves.
3. — Moyens offerts au père de famille par le droit commun pour distribuer ses biens entre ses enfants.
4. — *Divisio inter liberos.*
5. — Constantin valide les dispositions du père de famille faites en faveur de ses enfants dans un testament imparfait.
6. — Innovations de Justinien. *Testamentum inter liberos.*
7. — Règles de fond du partage d'ascendant.
8. — Pactes sur succession future.

1. — Nous ne trouvons pas dans l'ancien droit romain le partage d'ascendant existant comme institution spéciale. Il ne saurait, en effet, se comprendre dans une législation où nulle entrave n'est apportée à la libre disposition de l'homme. Comment la loi pourrait-elle entrer dans la réglementation du père de famille, décider qu'il a le droit de répartir ses biens de telle ou telle façon, que tels effets seront attachés à sa distribution, lorsque sa libre volonté est son seul guide et sa seule loi? La question des partages d'ascendants ne se pose

que lorsque l'enfant a sur le patrimoine de son père un droit légal et à l'abri des dispositions de celui-ci. C'est alors qu'il importe de savoir si le père de famille peut, malgré cette réserve, opérer entre ses enfants la répartition de tous ses biens.

Or le *paterfamilias* était investi d'une puissance absolue sur son patrimoine. Tout citoyen pouvait choisir ses héritiers et répartir entre eux ses biens comme il l'entendait. *Uti legassit super pecunia, ita jus esto*, disait la loi des Douze-Tables. Sa volonté était une loi à laquelle tout le monde était tenu d'obéir ⁽¹⁾.

2. — Il n'en fut pas toujours ainsi. Des entraves furent d'abord mises à sa liberté de disposer; plus tard, une barrière lui traça une limite infranchissable. Ce fut l'œuvre des prudents.

La loi des Douze-Tables accordait aux héritiers du *paterfamilias* une action en partage de sa succession, l'action *familiæ erciscundæ*, pour le cas où il serait mort sans testament. On en vint à regarder les enfants comme copropriétaires du patrimoine paternel. De là à conclure qu'ils eussent un droit sur la succession de leur père il n'y avait pas très-loin. On mit cependant un certain temps à franchir cette distance, à créer et à déterminer l'étendue de leur droit.

On commença par exiger du père de famille, pour la validité de son testament, l'institution ou l'exhérédation de ses enfants, de ses héritiers siens. Ce n'était qu'une simple question de forme, à laquelle il pouvait même se soustraire par l'émancipation de celui qu'il

(1) Dig., L. 45 et 78, *De hered. inst.*; L. 33, *Fam. erc.*

voulait omettre, jusqu'à l'époque où l'émancipé reçut de la protection du prêteur la *bonorum possessio*. La liberté de tester n'était donc pas encore réellement entamée.

Elle le fut du jour de l'établissement de la *querela inofficiosi testamenti*. Désormais le père n'eut plus le droit, sans un motif légitime du moins, d'écarter son enfant de sa succession. Celui qui a été injustement exhéredé peut attaquer le testament et le faire tomber comme dénotant un trouble mental dans l'esprit du testateur. L'enfant ne pouvait plus se plaindre du moment qu'il avait été institué, sa part fût-elle très-minime, dérisoire même.

Mais bientôt il ne suffit plus d'instituer son enfant comme héritier pour mettre son testament à l'abri de toute attaque; il fallut l'instituer pour une quotité égale au quart de la part qu'il aurait eue dans la succession *ab intestat*, par analogie avec la quarte Falcidie. Cette réserve héréditaire, donnant aux enfants un droit fixe sur la succession paternelle, prit le nom de quarte légitime.

3. — Comment avait lieu le partage d'ascendant? Le père de famille n'eut d'abord d'autres moyens de l'opérer que les dispositions de droit commun : elles lui permettaient d'atteindre le but qu'il se proposait. Plus tard on lui accorda quelques faveurs. Voyons d'abord les moyens de droit commun.

Le *paterfamilias* peut très-bien partager entre-vifs ses biens entre ses enfants. Il en reste, il est vrai, durant sa vie, légalement propriétaire, puisque les enfants en puissance n'acquièrent pas pour eux, mais seulement pour leur père : ceux-ci ne les détiennent donc

qu'à titre de pécule. Mais la confirmation de la libéralité par testament leur permet de les prélever sur la succession paternelle. Depuis Septime-Sévère même, la confirmation testamentaire n'est plus nécessaire : il suffit que le père soit mort sans avoir manifesté d'intention contraire.

Pour les rendre actuellement et définitivement propriétaires, le père les émancipera avant de leur faire la donation, ou bien même ensuite en ne leur retirant pas leur pécule. S'il veut se conserver le droit de révocation, il fera une donation à cause de mort.

La *querela inofficiosæ donationis* seule imposait quelques restrictions à son pouvoir discrétionnaire en permettant à l'enfant qui n'avait reçu en aucune manière sa légitime de demander la réduction de la donation. A quelle époque estimait-on les biens donnés pour savoir s'ils entamaient la légitime? Les documents nous manquent pour résoudre ce point.

La distribution par donations ne pouvait entraîner les effets du partage qu'en vertu de stipulations expresses et comme conditions de la donation. La garantie était alors assurée au moyen de promesses réciproques de la part des donataires.

La distribution testamentaire s'opérera par une série de legs *per præceptionem*. On ne pouvait, en effet, à Rome instituer ses héritiers pour certains biens déterminés : l'institution *ex certa re* était prohibée. Il fallait donc recourir à un détour pour partager entre eux les différents objets de son patrimoine. Le père de famille instituera d'abord ses enfants, car sans institution d'héritier il ne peut y avoir de testament, puis il léguera à chacun d'eux les biens qu'il veut mettre dans son lot. Ainsi supposons

qu'il ait deux fils, Primus et Secundus, et comme fortune le fonds sempronien et la villa Marcia : il institue ses deux enfants, puis il lègue *per præceptionem* le fonds sempronien à Primus, la villa Marcia à Secundus. La villa Marcia tout entière formera le lot de Secundus, moitié à titre héréditaire et moitié à titre de legs; et le fonds sempronien reviendra de la même manière en entier à Primus. C'est le juge de l'action *familix eriscundæ*, qui, dans le cours même du partage et de la liquidation de la succession, adjugera à chacun d'eux la part qui lui est due à titre de legs ⁽¹⁾.

On arriva même à sous-entendre le legs *per præceptionem* lorsque le testateur avait institué ses héritiers *ex certa re* et à décider qu'il rentrait dans l'office du juge de faire exécuter à ce titre les dispositions du défunt ⁽²⁾.

Le testateur pouvait répartir ses biens dans la proportion qui lui plaisait, pourvu qu'il eût soin de laisser à chacun de ses enfants sa légitime. Du moment que les légitimaires avaient reçu le quart de leur part héréditaire *ab intestat*, à titre d'héritiers, de légataires, de donataires à cause de mort ou même quelquefois purs et simples, ils ne pouvaient se plaindre. La loi Falcidie, il est vrai, exigeait que chaque institué conservât à titre d'héritier le quart au moins de sa part héréditaire déterminée par le testateur. Elle eût donc pu gêner davantage la distribution du père de famille que la quarte légitime. Ainsi supposons qu'ayant cinq fonds de terre d'une valeur égale et deux enfants, Primus et

(1) Les Proculiens admettaient le transfert immédiat de propriété dans le legs *per præceptionem*, sans intervention du juge, comme dans le legs *per vindicationem*.

(2) L. 35, *De hered. inst.*

Secundus, il lègue à Primus l'un des fonds seulement et les quatre autres à Secundus. Primus, héritier institué pour moitié, recevant un cinquième de la succession à sa légitime qui n'est que d'un huitième; il n'a pas, au contraire, le quart de sa part héréditaire, un huitième également, à titre d'héritier, puisqu'il détient son fonds moitié comme héritier, moitié comme légataire. Nous ne croyons pas qu'il puisse réclamer, que son action du moins aboutisse : elle rencontrera une exception de dol. La quarte Falcidie est en effet sans but dans cette hypothèse : la quarte légitime suffit (1).

Cette répartition opérée par le *paterfamilias* n'était pas, à proprement parler, un partage, mais une disposition ordinaire de dernière volonté. Elle pouvait produire les effets du partage, si telle avait été l'intention du testateur. C'est ainsi que la garantie qui n'est pas due si celui-ci n'a entendu faire que des legs *per præceptionem*, entièrement indépendants les uns des autres, le sera, au contraire, s'il a voulu opérer un véritable partage et maintenir entre les lots de ses héritiers les rapports, l'équilibre établis par son testament. Cette garantie sera exercée soit au moyen d'une *cautio de evictione* imposée aux parties par le juge au moment de son adjudication, soit par l'action *præscriptis verbis* découlant du partage (2).

(1) Lyon-Caen, *Partages d'ascendants*, thèse pour le doctorat, p. 110. L. 35, § 13, *De hered. inst.*; L. 22, pr. et 94 *Ad. leg. Falc.*

(2) Arg. de L. 77, § 8, *De legatis*; L. 33 et 39, § *ult. Fam. erc.* — Cette *cautio* est indiquée dans L. 25, § 21, *De fin. reg.*, et L. 10, § 2, *Com. divid.* — La garantie n'existe jamais en matière de legs, car *lucratiuæ rei possessor ab evictionis actione repellitur* (Cujas, *Recitationes solemnes*, in lib. XXXI, Dig. I, 77, § 8).

Les dettes, à moins de dispositions contraires, étaient supportées par les héritiers *ex certa re* en proportion de leurs droits héréditaires. Pour déterminer la part de chacun dans le passif, on faisait donc complètement abstraction de la valeur de la *res certa* qu'il prenait, puisque le légataire ne supporte pas les dettes (1). Toutefois, le *paterfamilias* avait le même droit par rapport à son passif que par rapport à son actif : il pouvait répartir comme il l'entendait ses dettes entre ses enfants, soit, par conséquent, proportionnellement aux biens légués, soit de toute autre manière, pourvu que chacun d'eux reçût en définitive le quart au moins de sa part héréditaire. Cette distribution était aussi considérée comme un ensemble de legs dont l'émolument seulement ne se trouvait pas être pour le légataire, mais pour ses cohéritiers. Elle n'enlevait pas aux créanciers le droit de poursuivre chacun des héritiers pour sa part héréditaire ; celui qui avait payé plus qu'il ne devait personnellement avait seulement un recours contre les autres.

Après qu'Auguste eût donné force obligatoire aux fidéicommiss, tout citoyen put opérer, par ce mode, le partage de ses biens entre ses héritiers, même en mourant *intestat* (2).

4. — Tel était le droit commun. Mais à l'époque de Papinien (3) nous voyons les ascendants jouir d'un privilège pour la distribution de leurs biens entre leurs

(1) L. 9, § 13 et L. 35, § 1, *De hered. inst.*

(2) Inst., § 1 et 2, *De fideic. hæred.*; L. 10 et 16, C. *Fam. exc.*; Dig., L. 39, § 1, *Fam. exc.*; L. 77, § 8, *De legatis* 2^o.

(3) L. 20, § 3, *Fam. exc.*

enfants en puissance. C'est que ces sortes de partage étaient devenus tellement fréquents, que la pratique crut devoir les favoriser (1). Il était probablement arrivé très-souvent que, sans dresser aucun testament, un père eût fait, verbalement ou par écrit, pour après sa mort, le partage de son patrimoine entre ceux de ses enfants que la loi appelait à lui succéder. Ces dispositions étaient dénuées de toute force légale, puisqu'elles n'avaient pas revêtu la forme des actes de dernière volonté. A la longue cependant les jurisconsultes les regardèrent avec faveur : ils crurent équitable que la volonté du père de famille fût respectée par ses enfants, et ils firent rentrer dans l'office du juge appelé à opérer le partage de la succession, puisqu'il n'y avait pas de testament, la mission de se conformer dans l'attribution des lots à la distribution de celui-ci, et d'adjuger par suite à chacun des héritiers les biens que le défunt lui avait réservés (2). C'était cette adjudication qui leur transférait la propriété de leurs lots.

L'ascendant était donc en définitive le vrai distributeur puisqu'il fournissait le plan du partage que le juge était tenu d'approuver et de mettre à exécution. « Il y avait incontestablement là, dit M. Genty (3), un privilège en faveur de la puissance paternelle. C'est ce privilège, selon nous, qui est l'origine des partages d'ascendants

(1) Ce n'est pas là le seul privilège accordé par le droit romain à la personne de l'ascendant. Une constitution d'Antonin le Pieux avait dispensé la donation *inter parentes et liberos* des formalités de la stipulation et l'avait déclarée parfaite par le seul consentement des parties (L. 4, liv. VIII, tit. XII, C. Th.).

(2) *Familiæ dividendæ causa datus arbiter in adjudicando patris sequetur divisionem* (L. 16, C., lib. III, tit. XXXVI et L. 21).

(3) *Traité des partages d'ascendants*, p. 7.

considérés comme formant une institution spéciale, et un genre particulier de disposition. »

Admis d'abord comme une conséquence de la puissance paternelle, et par suite réservé au père de famille, il reçut de l'extension lorsque la famille naturelle commença à triompher de la rigueur de l'ancien droit romain. Constantin le conféra à la mère et Théodose à tous les ascendants ⁽¹⁾. Il n'appartint jamais au collatéral.

La *divisio inter liberos* ne produisait jamais ses effets qu'à la mort du père de famille, la propriété des biens n'étant transférée aux enfants qu'à cette époque par l'adjudication du juge ou la tradition réciproque et volontaire opérée par les cohéritiers entre eux. Il ne pouvait donc constituer un véritable partage entre-vifs : les principes s'y seraient d'ailleurs opposés, les enfants, même sous Justinien, n'acquérant jamais pour eux *ex re patris* ⁽²⁾. Sans doute, rien n'empêchait le père de faire immédiatement la délivrance des lots à ses enfants; mais cette distribution anticipée n'avait aucun effet légal, n'enlevait pas au père la propriété des biens. On ne voyait pas dans la *divisio inter liberos*, exécutée du vivant du disposant, une donation, mais un partage de succession : *non videri simplicem donationem*, dit Papinien, *sed potius supremi judicii divisionem* ⁽³⁾.

La *divisio inter liberos* n'était jamais qu'une disposition de dernière volonté, laissant cependant aux héritiers leur vocation *ab intestat*.

5. — Au Bas-Empire apparaît un autre mode de dis-

(1) L. 2, C. Th. *Fam. etc.*; L. 24, §§ 1 et 3, C. *De testam.*.

(2) Justinien, *Per quas pers.*, § 1.

(3) Cujas, *Recit. sol. ad legem* 20, § 3, *Fam. etc.*

position privilégié pour les ascendants, le *testamentum inter liberos*. C'est à tort qu'on en attribue l'institution à Constantin : il ne date que de Justinien. Voici ce que fit Constantin. Le testament était entouré à Rome de certaines formalités dont l'inaccomplissement entraînait forcément l'anéantissement de toutes les dispositions qui s'y trouvaient contenues. On avait même décidé que le testament imparfait ne pourrait valoir comme fidéicommiss *ab intestat*, à moins toutefois que le testateur n'eût manifesté sa volonté expresse à cet égard, n'y eût introduit ce que les commentateurs ont appelé la clause codicillaire ⁽¹⁾. Constantin valida dans tous les cas les dispositions du père de famille en faveur de ses enfants contenues dans un testament imparfait. Le partage du père de famille opéré dans un acte quelconque, si informe qu'il fût, pourvu que ce ne fût pas alors un testament, était valable. N'était-il pas naturel que la *divisio inter liberos*, opérée dans un testament imparfait, fût aussi considérée comme une manifestation suffisante de la volonté de l'ascendant ? Cette distinction peu logique disparut désormais ⁽²⁾. Du reste, la décision de Constantin n'était pas limitée au partage contenu dans le testament : elle validait aussi toute disposition en faveur des enfants, telle qu'un legs ou une institution ⁽³⁾. La disposition en faveur

(1) L. 1 et 13, § 1, *De jure codicil.*; L. 29, *Qui test. fac.*

(2) Elle pouvait cependant s'expliquer par cette considération que la manifestation de la volonté entre-vifs est plus facile à constater, peut être anéantie par le disposant avant sa mort, et, par suite, est moins sujette à des manœuvres frauduleuses, à la captation, qu'un acte de dernière volonté fait en dehors des formalités protectrices de la liberté.

(3) L. 1, C. Th., *Fam. etc.*

d'un étranger ne jouissait pas de cette immunité; on ne devait pas toutefois considérer comme étranger l'enfant émancipé (1). Faire respecter la volonté du père de famille, éviter la désunion et les procès entre les enfants, tel était le but de l'empereur Constantin : il fit cette réforme *ut et memoria defuncti non violetur parentis et occasiones litium dirimantur* (2). L'enfant conservait sa vocation légitime : le testament imparfait n'avait pas pour résultat de lui créer une vocation testamentaire (3). C'est ici encore le juge de l'action *familiæ erciscundæ* qui le faisait sortir de l'indivision, opérait le transfert de propriété en suivant la volonté du père de famille (4). C'est donc à tort que l'on prétendrait que Constantin a créé le *testamentum inter liberos*.

6. — Justinien retoucha la matière dans les Nouvelles 18 et 107. La première de ces Nouvelles concerne le partage d'ascendant. La seconde institue le *testamentum inter liberos*.

La dispense de toutes formes accordée aux partages d'ascendant avait donné lieu à de nombreux abus. La plus profonde obscurité régnait le plus souvent sur les intentions du père de famille, et cette institution, destinée surtout à éviter les divisions dans la famille, était

(1) L. 1, C. Th., *Fam. erc.* : « *Cum filiis ac nepotibus civili jure, vel auxilio prætoris, ut suis heredibus deferatur.* »

(2) Nov. 18, cap. 7; L. 1, C. Th., *Fam. erc.*

(3) Cette idée contenue dans la loi précitée apparaît plus clairement encore dans la constitution de Justinien, qui ne fait que reproduire celle de Constantin : « *Licet ab intestato ad successionem liberi vocentur.* » L. 26, C. *Fam. erc.*

(4) L. 16 et 24, C. *Fam. erc.*

devenue une source inépuisable de dissensions intestines et de procès. C'est pourquoi Justinien, après avoir engagé d'abord les ascendants à faire leurs partages par la voie du droit commun, le testament ordinaire, déclare qu'on ne tiendra aucun compte désormais de leur volonté lorsqu'elle n'aura pas été consignée dans un écrit rédigé par eux ou par toute autre personne et accompagné d'un état circonstancié des biens partagés. Il exige en plus la signature de l'ascendant ou de tous les descendants copartagés (1).

La Novelle 107 (2) crée le testament *inter liberos*, testament privilégié pour l'ascendant qui veut disposer en faveur de ses enfants. Dispensé des formalités ordinaires du testament, l'ascendant doit seulement observer les suivantes : écrire de sa main la date de l'acte, le nom des enfants et la quotité des parts héréditaires ; cette dernière mention doit même être faite en toutes lettres, et non en chiffres. L'enfant appelé par ce testament arrive à la succession en qualité d'héritier testamentaire. Ce n'est pas là un testament-partage, c'est un testament ordinaire, privilégié seulement quant à la forme, par lequel l'ascendant peut faire toutes les dispositions testamentaires qu'il lui plaît, fût-ce un simple legs. Il peut donc très-bien ne pas contenir de partage. S'il en contient un, la désignation des différents objets formant la part de chaque enfant devra être écrite de la main de l'ascendant pour que sa volonté, ainsi clairement manifestée, ne puisse fournir matière à contestation.

Dans le dernier état du droit romain donc, le partage

(1) Nov. 18, cap. VII.

(2) Cap. I.

d'ascendant pouvait être fait de deux manières : par un testament aux formes moins solennelles que le testament ordinaire, ou par un simple écrit revêtu de la signature de l'ascendant ou de celle de tous les copartagés.

Voilà, esquissé bien rapidement, l'historique de cette institution à Rome. Cette matière fut obscurcie surtout par la confusion entre la *divisio inter liberos* et le *testamentum inter liberos*; à ce point que Furgole a pu dire qu'il n'y a pas de controverse plus embrouillée dans les écrits des interprètes (1).

7. — Essayons maintenant de déterminer en quelques mots les principales règles de fond auxquelles elle était soumise.

1° L'ascendant pouvait très-bien opérer la distribution d'une partie seulement de ses biens. Le reste alors était à son décès réparti entre ses héritiers dans la proportion de leur vocation à la succession, légitime ou testamentaire.

2° S'il n'avait partagé que l'actif de son patrimoine, le passif se répartissait entre les enfants au prorata de leurs parts héréditaires, sans qu'on eût à s'occuper de la valeur respective des différents lots. Il pouvait faire aussi la répartition des dettes; mais elle n'était pas opposable aux créanciers qui conservaient le droit de poursuivre les enfants pour le montant de leurs parts dans la succession.

3° L'ascendant ne pouvait comprendre dans son partage que ceux qui étaient appelés à sa succession. Toute autre personne que ses descendants pouvait donc y être apportionnée pourvu qu'elle eût été instituée dans un

(1) *Des testaments*, ch. II, sect. 1, n° 30.

testament. Le partage était-il nul si un descendant succéssible y avait été omis? Cette question n'est résolue clairement dans aucun texte. En général, cependant, on admet la négative, puisque le partage n'est pas un testament, et l'on ne donne à l'enfant omis que le droit de réclamer sa légitime (1).

4° Du reste, l'ascendant n'était pas tenu d'observer l'égalité dans la composition des différents lots, et le descendant le plus mal traité ne pouvait réclamer s'il avait reçu sa légitime (2). C'est là une grande dissemblance avec le partage ordinaire qui suppose essentiellement quelque analogie dans les parts (3).

Le descendant qui n'avait pas reçu sa légitime pouvait la retenir par voie d'exception lors de la délivrance des lots si l'ascendant était mort *intestat*; car si le juge de l'action *familiæ erciscundæ* devait respecter la volonté du défunt, celle-ci ne pouvait cependant pas avoir pour résultat d'entamer la légitime de ses héritiers (4).

S'il avait fait un testament, la *querela inofficiosi testamenti* permettait au descendant atteint dans sa réserve de faire tomber le testament et par conséquent le partage, s'il était contenu dans le testament. A partir de Justinien, le légitimaire n'eut plus qu'une action en complément de sa légitime.

5° Le partage d'ascendant donnait lieu à la garantie.

(1) Furgole, *Des testaments*, ch. VIII, sect. 1, n° 149.

(2) L. 6, C. *De inof. test.*; L. 16 et 21, C. *Fam. erc.*

(3) Coquille, question 244. Il est difficile d'établir par des textes que le partage fût rescindable pour lésion à Rome. Cependant, vu la nature même du partage, les commentateurs admettent presque tous la rescision pour lésion.

(4) L. 16 et 21, C. *Fam. erc.*

L'opinion contraire de certains commentateurs ne nous paraît guère soutenable. L'intention de l'ascendant n'était-elle pas, en effet, que ses enfants restassent dans la situation respective qu'il leur avait faite (1)?

6° Le partage ne produisait pas ses effets par lui-même, mais nécessitait le concours du magistrat, son homologation, pour employer un terme de notre droit moderne. Cela est indiscutable pour le partage fait ailleurs que dans un testament; mais nous avons peine à croire que l'adjudication du magistrat fût aussi nécessaire pour transporter la propriété des lots dans cette dernière hypothèse : il y aurait, croyons-nous, trop de subtilité à vouloir disséquer l'acte complexe de l'ascendant, à lui attribuer un effet attributif ou un effet simplement distributif selon qu'on envisage le partage ou l'institution testamentaire (2).

7° Le rapport était dû par les descendants selon les règles du droit commun. Avant Justinien, il est vrai, il n'était pas dû dans les successions testamentaires, mais nous savons que la *divisio inter liberos* laissait subsister la vocation légitime. L'ascendant pouvait cependant très-bien dispenser de la *collatio* son enfant émancipé, sa fille dotée ou son fils marié qui avait reçu une donation *propter nuptias* (3). A partir de Justinien, les copartagés durent le rapport même s'ils étaient héritiers testamentaires, à moins toutefois d'une dispense formelle du testateur (4).

(1) L. 20, § 3 et 9; § 5, *Fam. etc.*; L. 77, § 8, *De legatis* 2°.

(2) *Contra* M. Bonnet, Réquier (p. 36). Presque tous les auteurs admettent la nécessité d'une adjudication.

(3) L. 39, § 1, *Fam. etc.*

(4) Nov. 18, cap. VI.

8° Puisque les dispositions distributives de l'ascendant étaient envisagées comme actes de dernière volonté, (et nous avons fait remarquer que la délivrance des lots de son vivant ne leur enlevait pas ce caractère,) elles furent toujours révocables *ad nutum*.

8. — En déclarant valables les conventions sur succession future faites du consentement du *de cujus*, Justinien permit à toute personne de faire entre ses héritiers le partage de sa succession. Ce partage, exempt des formes des actes de dernière volonté, subordonné seulement à l'accord des héritiers et du *de cujus*, restait révocable par celui-ci jusqu'à sa mort.

CHAPITRE II.

Ancien droit français.

SOMMAIRE.

- 9. — On y trouve le partage d'ascendant et la démission de biens.
- 10. — Partage d'ascendant dans les pays de droit écrit.
- 11. — Partage d'ascendant dans les pays de droit coutumier.
- 12. — Démission de biens.
- 13. — Elle était souvent accompagnée d'un partage. Règles du partage.
- 14. — Particularités de la coutume de Bretagne.
- 15. — Résumé.

9. — Nous retrouvons le partage d'ascendant dans l'ancien droit français, aussi bien dans les pays de droit coutumier que dans les pays de droit écrit. Mais dans les pays de droit coutumier apparaît un nouveau mode de disposition, avec ses règles spéciales : la démission de biens.

SECTION I.

Partage d'ascendant.

10. — Les pays de *droit écrit* adoptèrent généralement les dispositions du droit romain et particulièrement la législation des Novelles. On y pratiquait, comme à

Rome, le partage *ab intestat* et le partage testamentaire. Il se faisait soit dans les formes du testament ordinaire, soit dans les formes privilégiées de la Nov. 18 chap. VII, soit enfin dans celles créées par la Nov. 107, pour le *testamentum inter liberos*. Mais de nombreuses controverses s'étaient élevées sur l'interprétation des deux Nouvelles. On avait soutenu que la Nov. 107 modifiait la Nov. 18 et s'appliquait par conséquent aussi au partage fait ailleurs que dans un testament entre enfants. Cujas avait même enseigné que la présence des sept témoins était nécessaire pour la confection du *testamentum inter liberos*.

Ce fut donc très à-propos que l'ordonnance de 1735, applicable à toute la France, vint tarir la source de toutes ces discussions en assimilant au point de vue de la forme les deux modes de partage. Désormais il sera fait dans les formes prescrites par les articles 15 et 16 de l'ordonnance pour les testaments entre enfants : c'est-à-dire, soit dans la forme des actes solennels, en présence de deux notaires ou d'un notaire assisté de deux témoins, soit dans la forme olographe, par un écrit daté et signé de la main du testateur. Cette ordonnance établissait donc pour les pays de droit écrit une nouvelle espèce de testament, connu jusqu'ici seulement des pays de droit coutumier, le testament olographe. Elle ne créait pas, du reste, le partage d'ascendant dans les endroits où il n'était pas en usage. Applicables aussi bien aux pays coutumiers qu'aux pays de droit écrit, ces formalités générales et nécessaires à la fois ne dispensaient pas l'ascendant des « autres formalités prescrites par les lois, coutumes et statuts, qui autorisent lesdits actes » (art. 17, Ord.).

L'ordonnance n'avait simplifié les formes du testament qu'en faveur des descendants. Si l'acte de partage contenait des dispositions au profit de toute autre personne, elles étaient regardées comme de nul effet (art. 18, Ord.).

Ce testament-partage échappait aussi à la prohibition des testaments mutuels ou faits conjointement (art. 78).

Au point de vue de la forme donc il n'y a plus de distinction entre le partage compris dans un *testamentum inter liberos* et le partage fait sans testament.

Quant au fond, nous l'avons dit déjà plus haut, le partage d'ascendant est régi à peu près par les lois romaines.

L'ascendant est libre de ne distribuer qu'une partie de ses biens.

L'omission d'un descendant laisse subsister le partage : l'omis a simplement le droit de réclamer sa légitime.

Toutes les inégalités qui n'y portent pas atteinte sont permises.

Toutefois, contrairement à ce qui se passait à Rome, le juge n'était jamais appelé à confirmer le partage. Quelque forme qu'il eût revêtue, au décès de l'ascendant la propriété des biens distribués passait directement aux copartagés : ils en étaient saisis de plein droit.

On discutait aussi sur la question de savoir si les enfants étaient tenus de la garantie. Furgole avait résolu la difficulté par une distinction : il accordait la garantie si, avant d'opérer la distribution de ses biens entre ses enfants, l'ascendant les avait institués héritiers : il la refusait dans le cas contraire.

11. — L'institution du partage d'ascendant est plus compliquée dans les pays de *droit coutumier*.

Un nombre assez restreint de coutumes mentionnaient le partage d'ascendant. Les principales étaient celles d'Amiens (art. 49), d'Artois (art. 85), de Bourbonnais (art. 216), de Bourgogne (art. 6 et 1 du titre VII), de Bretagne (art. 560), de Lorraine (art. 4, tit. *des Testam.*), de Nivernais (art. 17, ch. xxxiv), et de Poitou (art. 219).

Elles étaient loin d'être uniformes dans les règles qu'elles y appliquaient.

La plus grande diversité régnait au point de vue des personnes qui pouvaient opérer le partage de leur patrimoine. Tandis que la plupart des coutumes le permettaient aux ascendants seuls, quelques-unes en accordaient l'usage aux collatéraux⁽¹⁾ et d'autres la restreignaient au père et à la mère⁽²⁾. La doctrine et la jurisprudence n'avaient cependant pas, en général, considéré le texte de ces dernières comme limitatif et appliquaient leurs dispositions à tous les ascendants⁽³⁾. Quelques coutumes enfin ne l'autorisaient que pour les familles nobles. Mais là encore l'usage l'accorda aux familles roturières⁽⁴⁾.

Généralement la forme du partage ne se trouvait pas réglée par le texte de la coutume. Les coutumes de Bourgogne et de Bourbonnais l'avaient déterminée; elles exigeaient que le partage fût fait soit en justice, soit par acte public devant deux notaires ou un notaire et deux témoins, soit enfin par acte sous-seing privé, écrit, daté et signé par l'ascendant.

(1) Amiens, Artois, Nivernais notamment.

(2) Bourbonnais, Bretagne, Poitou.

(3) Furgole cependant était d'un avis contraire. De même, Taisand, *sur la coutume de Bourgogne*, art. 6, tit. VII.

(4) Bretagne.

Les autres coutumes suivaient communément ces mêmes formes. Elles n'étaient cependant pas nécessaires partout, car Brodeau dit : « Les partages faits par les pères et mères entre leurs enfants, prévenant l'office des arbitres ou experts, sont dispensés des formes, règles et maximes ordinaires, pourvu que la volonté soit certaine (1). »

Les coutumes de Bourgogne et de Bourbonnais exigeaient en outre une autre condition qui n'était pas, en général, admise ailleurs, probablement à cause des nombreuses difficultés qu'elle était appelée à créer. L'ascendant devait avoir survécu à la confection de son partage pendant vingt jours dans la première coutume et pendant quarante dans la seconde. Cette disposition, nous dit Dumoulin (2), avait été édictée; « *Non solum metu suggestionum, sed ne dividens, nimium vicinus mortis, facile erret in distributione.* » Ce motif avait dû aussi conduire nécessairement à assimiler la perte de la raison à la mort. Pour que la date de la confection du partage fût déterminée d'une façon certaine lorsque le partage avait été fait par acte olographe, l'ascendant devait le présenter dans ce dernier cas à un notaire en présence de deux témoins, et le notaire dressait acte de cette présentation (3).

Ces conditions de forme, à part la nécessité de survie, sont, du reste, celles que l'ordonnance de 1735, appli-

(1) Brodeau, sur Louet, *Lettre P*, n° 24.

(2) Dumoulin, *sur les cout. de Bourgogne et de Bourbonnais*.

(3) Cette disposition ne se trouvait pas dans la coutume de Bourbonnais. On l'y suppléait, car c'était la conséquence nécessaire de l'obligation de survie. Fait en justice ou par acte solennel devant notaires le partage avait toujours date certaine.

cable à toute la France, exigea pour la validité du partage d'ascendant : acte olographe ou manifestation de la volonté devant deux notaires ou un notaire et deux témoins (1). Remarquons toutefois de nouveau ici que l'ordonnance ne dispensait pas des autres formalités exigées par la loi locale.

Passons maintenant aux règles de fond.

Comme en droit romain, le partage de l'ascendant ne l'empêchait pas de mourir *intestat*. Ses descendants gardaient leur qualité d'héritiers, n'étaient pas des légataires (2).

Celui qui renonçait à la succession ne pouvait réclamer son lot à titre de légataire. « Chacun, disait Guy Coquille, prendra en qualité d'héritier, et s'il ne prend en cette qualité, il n'aura rien (3). »

Il n'était pas rare que l'ascendant déclarât léguer à chaque enfant la part qu'il lui attribuait. Cette déclaration leur enlevait-elle la qualité d'héritiers, en faisait-elle des légataires? On décidait que non dans les coutumes où les avantages par préciput étaient permis; quand même les biens auraient été distribués par manière de prélegs (4). La disposition par forme de legs était en effet superflue, inutile dans ces coutumes, puisque l'acte était valable comme partage, quelle que fût l'inégalité des lots (5). Dans les coutumes d'égalité, au contraire, le legs

(1) Ord. 1735, art. 15, 16, 17.

(2) La différence avec le droit romain c'est que dans le droit coutumier la qualité d'héritier ne peut jamais émaner que de la loi, et non de l'homme.

(3) Coquille, *sur Nivernais*, Quest. 244.

(4) C'était conforme à la décision romaine (L. 21, C. *Fam. etc.*).

(5) Coquille, quest. 244; et sur l'art. 17 de la cout. de Nivernais.

pouvait avoir pour but de valider les inégalités interdites dans un partage. Aussi Boullenois regardait-il comme légataires les descendants lorsque l'inégalité était assez considérable pour annuler le partage : il était, en effet, probable que l'ascendant avait disposé par legs pour valider ses avantages; dans tout autre cas, il leur conservait la qualité d'héritiers (1).

Plusieurs coutumes portaient même expressément ce principe, généralement reçu, que les enfants étaient saisis de leur portion; et la saisine était l'attribut exclusif des héritiers légitimes. Ils en sont saisis, « bien que l'acte par lequel l'ascendant les leur a laissées, dit Lebrun, fût un acte testamentaire, ce qui marque qu'en ce cas même les coutumes ne laissent pas de considérer les enfants comme héritiers *ab intestat* des parts et portions que leur père leur a léguées (2). »

Aussi si l'ascendant n'avait pas opéré entre eux la répartition de ses dettes, ils en étaient tenus proportionnellement à leur part héréditaire, et non au prorata de leur émolument.

C'est pourquoi encore ils se devaient le rapport.

Se devaient-ils la garantie? L'affirmative eût dû découler nécessairement du principe que la répartition de l'ascendant n'était que le partage anticipé de sa succession *ab intestat*. Néanmoins cette question était vivement controversée. Quelques-uns rejetaient dans tous les cas l'obligation de garantie (3); d'autres l'admettaient seulement si l'éviction avait lieu avant la délivrance des lots; mais

(1) Quest. 8, p. 190; Lebrun, *Suc.*, liv. IV, ch. 1, n° 11.

(2) Lebrun, *Suc.*, liv. VII, ch. 1, n° 11.

(3) Auroux des Pommiers.

la doctrine générale y donnait toujours droit, même en l'absence de toute stipulation (1).

Le partage d'ascendant était révocable comme en droit romain, ce n'était qu'une disposition de dernière volonté (2). Cependant si l'ascendant avait apporté son enfant dans un contrat de mariage, le contrat de mariage communiquait son irrévocabilité à ce lotissement; ce n'était pas le partage lui-même qui se trouvait frappé d'irrévocabilité, mais la seule libéralité faite au futur époux. De même le partage fait conjointement par les père et mère de leurs biens confondus en une seule masse ne pouvait être révoqué que de leur consentement mutuel; il était donc irrévocable après le décès de l'un d'eux; le concours de leurs volontés, nécessaire pour l'opérer, était aussi nécessaire pour l'anéantir.

Ces deux exceptions se trouvaient donc commandées par la nature de l'acte dans lequel le partage avait été fait, par des circonstances indépendantes du partage lui-même.

Certains auteurs prétendaient aussi que le partage devenait irrévocable lorsqu'il avait été mis à exécution par l'ascendant. Il a suffisamment montré par cette délivrance volontaire et anticipée, pensaient-ils, qu'il renonçait à son droit de révocation (3). Cette opinion ne prévalait pas, et, pour enlever ce droit à l'ascendant on exigeait en général une renonciation expresse de sa part.

(1) Maillart, *sur la Cout. d'Artois*, art. 85; Lebrun, *Suc.*, liv. IV, ch. I, n° 69; Boullenois, p. 187.

(2) Boullenois, p. 77 et 80; Lebrun, *Suc.*, liv. II, ch. IV, n° 47; Valin, *sur Rochelle*, art. 42.

(3) Loysel, *Instit. cout.*, liv. II, tit. IV, règle 8; Auroux des Pomiers, *Cout. Bourbonnais*, art. 216, n° 28; Brodeau, art. XVII, ch. XXXIV, *Cout. Nivernais*.

C'était du reste la règle de la démission de biens qui, quoique toujours suivie de la tradition des biens abandonnés, était révocable *ad nutum* (1).

La révocation se faisait soit par testament, soit par une simple déclaration écrite (2).

De nombreuses différences distinguaient le partage du droit coutumier du partage romain.

Le partage d'ascendant avait effet par lui-même, sans qu'il fût nécessaire de réclamer le concours du juge. Nous avons vu que les pays de droit écrit avaient aussi admis cette simplification. C'était, du reste, ici la conséquence de ce que les copartagés avaient la saisine de leurs lots. Certaines coutumes cependant exigeaient, en outre de la volonté de l'ascendant, le consentement de la famille pour le partage des propres. Dans l'Artois et le Poitou, c'était le consentement des descendants copartagés, héritiers présomptifs des propres, qui était nécessaire. En Bretagne, c'était le consentement de deux parents du côté paternel et de deux du côté maternel. (Cette dernière combinaison était plus avantageuse, puisqu'elle permettait à l'ascendant de distribuer ses biens, même si ses descendants n'étaient pas tous capables de manifester leur volonté.)

Ce qui caractérise surtout le partage du droit coutumier, c'est qu'il devait à peine de nullité comprendre tout le patrimoine de l'ascendant et apportionner tous ses descendants. Le but du partage, étant, en effet, d'enlever aux enfants tout sujet de contestation en supprimant entre eux l'état d'indivision, n'eût pas été atteint, com-

(1) Boucheul, *Cout. Poitou*, art. 219, n° 50; Boullenois, quest. 17.

(2) Boullenois, *Démis. de biens*, p. 219.

plètement du moins, si l'ascendant eût pu ne pas distribuer tous ses biens. C'est donc avec beaucoup de logique que Boullenois ⁽¹⁾ annulait le partage de l'ascendant qui avait distribué tous ses biens présents lorsqu'il lui en survenait d'autres avant son décès. Cette doctrine, qui eût abouti à l'impossibilité de faire sûrement un partage, n'avait pas été suivie par les autres jurisconsultes. Rien n'empêchait de distribuer une partie de ses biens seulement par testament : ce n'était plus un partage d'ascendant, mais une série de legs.

C'est le même désir d'éviter l'indivision et les contestations qui avait fait déclarer nul le partage où l'un des descendants aurait été omis ⁽²⁾.

L'ascendant était-il tenu d'observer l'égalité en valeur et en nature? La solution était loin d'être la même dans les coutumes d'égalité et dans celles de préciput.

Parmi ces dernières, quelques-unes permettaient expressément l'inégalité en valeur (Bourgogne, Bourbonnais, Nivernais...). Le descendant désavantagé avait seulement le droit de réclamer le complément de sa légitime, s'il ne l'avait pas reçue en entier. Toutefois ces inégalités n'étaient respectées que si elles étaient véritablement le résultat de la volonté du disposant. Il y aurait eu lieu à la rescision du partage ou à un supplément pour la moindre part si le plaignant avait pu établir qu'elles provenaient d'une erreur d'appréciation de l'ascendant ⁽³⁾.

(1) *Démis. de biens*, p. 219.

(2) Furgole, ch. VIII, sect. 1, n° 161; Aurox des Pommiers, *sur la cout. de Bourbonnais*, art. 216, n° 12.

(3) Pothier, *Introd. à la cout. d'Orléans*, tit. 17, *appendice*; Boullenois, quest. 5.

Les coutumes d'égalité, défendant les avantages entre les héritiers, ne pouvaient les permettre par la voie détournée du partage, *ne obliqua dispositione contra juris consuetudinarii regulam alterius ex heredibus melior conditio fieret* (1). On fut cependant forcé, pour ne pas rendre impossible tout partage d'ascendant, de faire fléchir un peu les dispositions rigoureuses de ces coutumes. Une certaine latitude fut laissée pour l'incertitude et l'erreur possible des estimations. Mais son but n'était nullement de favoriser les avantages volontaires. Aussi, commentant la coutume de Bretagne, qui tolérait une lésion d'un sixième, d'Argentré fait-il remarquer que « si c'eût été sciemment et à dessein que l'auteur du partage y eût introduit des inégalités, ce partage n'eût pas dû faire autorité, parce que la coutume pardonne à l'erreur et non à la fraude (2). » Pour éviter toutefois les contestations et les procès, la jurisprudence en vint à appliquer la lettre de la coutume sans rechercher si la lésion était accidentelle ou volontaire. Cette distinction, du reste, n'était pas admise dans les autres coutumes.

La coutume de Bretagne était la seule qui fixât le taux de la lésion. Les autres exigeaient toutes une lésion de quelque importance. Le juge avait toute liberté pour décider, suivant les circonstances, si l'inégalité devait entraîner la rescision. La limite d'un sixième était cependant assez généralement adoptée (3).

On n'avait pas étendu cette faveur aux partages entre

(1) D'Argentré, *sur Bretagne*, art. 256.

(2) *Sur cout. de Bretagne*, art. 256.

(3) Lebrun, *Succ.*, liv. IV, ch. 1, n° 44 ; Furgole, *Test.*, ch. VIII, sect. XI, n° 155 ; Boullenois, quest. 5.

collatéraux, permis dans quelques endroits : la plus stricte égalité devait y être observée (1).

Passons à l'égalité en nature, et voyons si l'ascendant était forcé de répartir également ses immeubles et ses meubles, s'il pouvait composer le lot d'un de ses enfants en argent.

L'inégale répartition en nature n'était pas tolérée dans les pays d'égalité : les parts devaient se composer également de meubles et d'immeubles. Et la raison, disait Boullenois, c'est « que je ne trouve pas que (en donnant les deniers à l'un et des fonds de terre à l'autre) le père, dans son partage, ait observé l'égalité, étant certain que des deniers comptants n'ont pas la même stabilité que les fonds (2). »

Dans les pays de préciput, la règle était moins uniforme. Ils exigeaient en général que la légitime fût attribuée en corps héréditaires (3).

Nous n'avons pas parlé jusqu'ici de la distribution des propres. L'égalité était de rigueur pour eux dans le partage de la succession *ab intestat*. L'exiger dans le partage d'ascendant eût donc été tout à fait dans l'esprit de notre ancien droit. Cependant on crut qu'il était plus avantageux de permettre à l'ascendant de ne pas morceller son patrimoine : l'héritier qui se trouverait avoir moins de propres dans son lot n'aurait en somme aucun intérêt à réclamer s'il en avait reçu l'équivalent en acquêts (4). « Et s'il y avait inégalité pour ce qui est des

(1) Boullenois, quest. 5.

(2) Quest. 5, p. 80.

(3) Auroux des Pommiers. La coutume du Bourbonnais permettait à l'ascendant de remplir la légitime même au moyen d'une soulte.

(4) C'est pourquoi les coutumes d'Artois et de Poitou défendaient de partager les propres sans le consentement des héritiers.

propres, laquelle fut réparée par les acquêts, celui qui serait ainsi récompensé en acquêts ne pourrait rien répéter sur les biens propres, » disait la coutume de Lorraine (1).

Le plus grand nombre des coutumes étaient muettes sur la question du partage d'ascendant. Cette institution pouvait-elle y être pratiquée? De graves raisons semblaient devoir s'y opposer.

Pouvait-on admettre en effet, que dans le silence de la loi certaines personnes pussent être dispensées des formalités ordinaires des actes de disposition? N'était-il pas délicat de leur accorder, en l'absence d'un texte, un tel privilège de forme?

Puis les coutumes réservaient les propres aux héritiers du côté et ligne d'où ils venaient. Or, assigner déterminément tels biens à tel ou tel descendant n'était-ce pas priver les autres de leur droit de copropriété sur eux?

Enfin les coutumes d'égalité prohibaient tout avantage entre héritiers. Et le partage ne pouvait évidemment se faire sans amener une inégalité, si minime qu'elle fût. C'est cette dernière raison qui pousse Guy-Coquille à refuser le partage d'ascendant dans ces coutumes : « car, dit-il, l'un d'entre les enfants, plus hargneux, aurait occasion de dire l'un des lots être de plus grande valeur ou plus grande incommodité que les autres. »

On ne s'arrêta pas pourtant à toutes ces objections. L'exemple du droit romain et des coutumes qui s'étaient expliquées sur ce sujet, l'utilité que cette institution présentait, l'emportèrent sur les scrupules du rigorisme

(1) Boullenois, p. 78 et 80; Lebrun, *Succ.*, liv. II, ch. iv, n° 47.

et la firent admettre dans la pratique. Elle ne fut, toutefois, permise qu'aux ascendants.

On emprunta leurs principales règles aux autres coutumes et plus particulièrement à celles de Bourgogne et de Bourbonnais. La forme suivie fut celle de l'ordonnance de 1735.

Quant à l'égalité des lots, il suffisait qu'elle fût à peu près observée dans les pays d'égalité, pourvu cependant que son inobservance ne fût pas intentionnelle. Dans ce cas il eût été nécessaire de recourir à l'emploi des formalités des donations ou des testaments. Dans les pays de préciput tous les avantages étaient valables à condition qu'ils ne portassent aucune atteinte à la légitime des copartagés.

La distribution des propres pouvait s'y faire sans le consentement des enfants, en général du moins. L'usage l'eût-il exigé, on aurait pu se soustraire à cette nécessité par l'emploi de ce moyen pratique inventé par Dumoulin et deux autres jurisconsultes pour les pays soumis aux coutumes d'Artois et de Poitou : l'ascendant donnait tous ses biens disponibles, meubles et acquêts, à l'un de ses descendants et déclarait annuler la donation si les autres respectaient son partage. Cette clause pénale, consacrée par la jurisprudence, permettait d'éluder les dispositions gênantes de la loi ⁽¹⁾. Quelques jurisconsultes la sous-entendaient même ⁽²⁾; mais ce n'était pas la doctrine commune.

« Dans les coutumes qui n'en ont point de disposition

(1) Boucheul, *sur Poitou*, art. 219; Brodeau, *sur Louet*, lettre P., n° 24; Valin, *sur Rochelle*, art. 42.

(2) Boucheul, *loc. cit.*; Coquille, *sur Nivernais*, art. 17, tit. *Des successions*.

formelle, dit Lebrun, le partage fait par quelqu'un entre ses héritiers collatéraux, n'a aucun privilège. »

C'est la même règle qu'en droit romain. On pouvait disposer de ses biens entre ses collatéraux comme on le voulait, mais on était alors astreint à suivre les formes du droit commun. Il fallait aussi respecter les règles de fond. C'est ainsi qu'une personne n'eût pas pu faire entre ses collatéraux la distribution de ses propres.

De tout ce que nous venons de dire sur le partage d'ascendant dans notre ancien droit, il résulte que c'était un mode de disposition privilégié : privilégié d'abord quant à la forme ; mais privilégié aussi quant au fond à cause de la possibilité de partager les propres et de l'inégalité que la coutume tolérait dans la distribution du patrimoine de l'ascendant.

SECTION II.

Démission de biens.

12. — Il existait dans les pays coutumiers à côté du partage d'ascendant, acte de dernière volonté n'opérant jamais qu'à la mort de son auteur, une autre institution produisant toute suite certains effets, la démission de biens, complètement différente en elle-même du partage d'ascendant, mais offrant de grandes analogies avec lui quand elle se trouvait accompagnée d'un partage ⁽¹⁾.

Notre partage moderne a emprunté plusieurs de ses

(1) La démission de biens n'était pas réservée aux seuls ascendants, mais pouvait être faite par toute personne capable de laisser une hérédité légitime.

règles aux principes qui régissaient cette dernière hypothèse : c'est la source la plus féconde à laquelle elle ait puisé ! Une connaissance succincte de la démission de biens pure et simple est toutefois nécessaire avant de l'examiner dans sa forme compliquée.

L'origine de la démission de biens est nationale. C'est tout ce que nous pouvons en dire, avec certitude du moins. Les uns ont cru en trouver la trace dans les Capitulaires de Charlemagne, les autres dans la loi Salique. D'Argentré la prétend d'origine bretonne, ce que Boulleñois conteste avec raison, puisqu'il s'appuie sur d'anciens arrêts des Parlements pour la montrer pratiquée dans d'autres coutumes. L'usage et les juriscultes furent à peu près les seuls législateurs en cette matière. Aussi ne devra-t-on pas s'étonner des incertitudes et des diversités qui pourront s'y rencontrer.

Cette institution répondait à plusieurs besoins. Elle fournissait à celui que l'âge et les infirmités étaient venus visiter le moyen de se décharger du fardeau de l'administration entre les mains de ses héritiers présomptifs. Elle procurait au faible d'esprit et au prodigue la possibilité d'échapper à l'interdiction qui le menaçait et facilitait aux parents l'établissement de leurs enfants. Elle était surtout en usage chez les gens peu riches, « se pratiquait entre gens d'un état très-médiocre, dit Ferrière, qui, pour se mettre à couvert de la taille et s'assurer de quoi vivre en repos le reste de leurs jours, abandonnaient leurs biens à leurs héritiers présomptifs. » « Parmi le menu peuple et surtout à la campagne, écrit Boulleñois, des pères et des mères accablés sous le poids du travail, ayant un petit bien, sont charmés de jouir de quelque repos....; il faut convenir néanmoins qu'il y a des pères

de tous états et de toutes conditions qui se font un plaisir et un devoir de prévenir les difficultés qui peuvent naître entre leurs enfants au sujet du partage de leurs successions (1). »

« On peut définir la démission de biens, d'après Pothier (2), un acte par lequel une personne, en anticipant le temps de sa succession, se dépouille de son vivant de l'universalité de ses biens, et en saisit d'avance ses héritiers présomptifs, en retenant néanmoins le droit d'y rentrer lorsqu'elle le jugera à propos. » Il n'admettra cependant pas toutes les conséquences de ce principe; car, dit-il plus loin : « il implique contradiction qu'on puisse être héritier d'un homme qui est en jouissance de son état civil : *nulla est viventis hereditas*. »

D'Argentré dit aussi que c'est une anticipation de succession : *juris hæreditarii prærogatio, hæreditariæ spei anticipatio*.

« Ce n'est pas une donation entre-vifs, disait Lebrun (3), car dans la plupart des provinces qui la pratiquent, on la juge toujours révocable; ce n'est pas une donation testamentaire, car elle a un effet présent, quoique révocable. »

C'était donc un acte d'une nature mixte et complexe, difficile à analyser, et plus encore à définir. Boullenois semble en avoir saisi avec justesse les différents caractères. Se plaçant au point de vue des différentes personnes qui peuvent être intéressées dans la démission de biens, il y voit une donation à cause de mort par

(1) Préface des questions sur la *Démission de biens*.

(2) Introd. à la cout. d'Orléans, tit. xvii, appendice, n° 1.

(3) *Des succ.*, liv. I, ch. I, sect. v, n° 2.

rapport au démettant, une succession anticipée par rapport aux démissionnaires, un acte translatif de propriété par rapport aux créanciers et aux tiers. Pour prévenir l'objection qu'on pouvait tirer de ce que la coutume de Paris prohibe les donations à cause de mort, il a soin d'ajouter que le motif de cette prohibition n'existe pas ici; il est, en effet, de sauvegarder les intérêts des héritiers, et justement ce sont eux qui sont appelés à bénéficier de la démission (1).

Le caractère dominant de la démission de biens est d'être une anticipation de succession. Ainsi elle ne peut être faite que par une personne capable de laisser une succession légitime. Le mort civil, le religieux, l'aubain ne le peuvent pas. Les démissionnaires sont toujours les héritiers présomptifs du démettant; tous ses héritiers présomptifs, et proportionnellement à leurs droits héréditaires. C'est la règle de la dévolution de la succession. C'est pourquoi en Bretagne la démission doit se faire entre les mains de l'aîné, dans les familles nobles du moins, puisque la coutume saisit l'aîné seul des biens de la succession à la charge d'en opérer la répartition entre tous. L'aubain ne succédant pas, ne peut être démissionnaire.

Par suite de la même idée, la démission de biens doit comprendre l'universalité des biens du démettant. Il ne suffirait même pas que tous ses biens y fussent compris s'il avait procédé par désignation individuelle (2). Cependant, comme son décès n'est qu'une fiction, il faut bien

(1) L'ordonnance de 1735, qui prohiba pour toute la France la donation à cause de mort, ne porta aucune atteinte à la démission de biens. La raison de Boullenois militait toujours en sa faveur.

(2) Boullenois, p. 52, 56.

lui permettre de conserver quelque chose, un droit d'usufruit, une rente viagère, ou même quelques objets particuliers. Il garde d'ailleurs en toute propriété les biens qui lui surviennent postérieurement.

La démission n'est parfaite que par l'acceptation des démissionnaires. Aucune formalité, du reste, ne se trouvait exigée : c'était un contrat purement consensuel. Le démissionnaire mineur avait besoin, pour accepter, de l'autorisation de son conseil de famille, car la démission obligeait aux dettes du démettant et aux diverses charges qu'il plaisait à celui-ci d'y stipuler.

Si l'acte qualifié démissionnaire s'éloigne tant soit peu des règles successorales, il ne jouit plus de cette immunité : il doit revêtir nécessairement, pour être valable, la forme du testament ou de la donation entre-vifs.

Nous ne serions cependant pas exacts si nous laissions croire que la démission jouissait au point de vue des formes d'une liberté absolue sous tous les rapports. La taille, en effet, ne passait de la tête du démettant sur celle du démissionnaire que si l'acte avait été passé devant notaires et entouré d'autres formalités compliquées (1). La propriété des biens était bien transférée aux démissionnaires par le seul fait de leur acceptation ; mais la date certaine était nécessaire pour rendre le transfert opposable aux tiers. Exigeait-on en plus l'insinuation de la démission ? Cette question était vivement débattue, car, tandis que Lebrun, suivant toujours l'idée d'une succession anticipée, penchait pour la négative, et que l'affirmative était admise par la coutume de Normandie, Boulleuois tranchait la discussion par une distinction,

(1) Ferrière, *Dict. de droit*, tom. I, p. 657 et 658.

exigeant l'insinuation pour la démission en faveur de collatéraux, la rejetant pour la démission en ligne directe.

Les biens du démettant arrivaient à titre de propres aux démissionnaires sans qu'il y eût à distinguer quelle en était la provenance, directe ou collatérale, ressemblance de plus avec la succession, puisque la donation n'eût pu faire de propres en ligne collatérale.

Les démissionnaires se devaient le rapport des biens qui leur avaient été antérieurement donnés par le démettant, du moins quand la démission était faite en ligne directe, car, en général, les collatéraux n'y étaient pas sujets. Était-il exigible immédiatement ou seulement à la mort du démettant? La première opinion était enseignée par Boullenois et Duparc-Poullain; la seconde avait aussi ses partisans (1).

Les démissionnaires étaient tenus des dettes du démettant au moment de son abandon; non comme héritiers, *quia nulla viventis hæreditas*, mais en vertu du principe que *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Leur obligation était donc restreinte à la valeur des biens abandonnés. Pour la restreindre dans ces limites toutefois, il était prudent de faire constater l'état des biens : leur inventaire était le plus souvent accompagné du relevé des dettes actuelles du démettant. Les dettes postérieures à la démission ne pouvaient atteindre les démissionnaires, en cette qualité du moins. Seulement, s'ils acceptaient plus tard la succession, ils en étaient tenus comme héritiers.

Les droits fiscaux attachés à la transmission de la pro-

(1) *Nouveau Denizart*, V^o *Démis. de biens*; Ferrière, *Dict. de droit*, V^o *Démis. de biens*.

priété étaient-ils dûs immédiatement? La coutume de Bretagne (1), qui seule s'en expliquait, ne faisait payer les droits de succession qu'à la mort du démettant. C'était dans les autres coutumes une question discutée entre les jurisconsultes, car, si d'un côté la démission n'est qu'une succession anticipée et est révocable, d'un autre côté le démissionnaire devient à l'instant même propriétaire. Enfin, quel profit de fief devait-on y exiger, les droits d'une succession ou ceux d'une donation? C'était encore controversé.

Bien qu'elle produisît des effets actuels, la démission de biens était révocable au gré du démettant. C'était, en effet, une disposition à cause de mort, et *in omnibus quæ concernunt futuram alicujus successionem, consensus et voluntas ejusdem mutabilis est et ambulatoria usque ad mortem* (2). La révocation avait de grands inconvénients et pouvait causer un grave préjudice aux tiers qui avaient traité avec les démissionnaires; mais d'un autre côté n'était-elle pas l'unique remède contre l'ingratitude de ceux-ci? Frappés de ces inconvénients, quelques jurisconsultes ont prétendu qu'une fois le partage fait et exécuté la démission devenait irrévocable. Et Merlin cite même plusieurs arrêts des Parlements dans ce sens. Nous les réduirons à leur juste valeur en faisant observer qu'ils ont été rendus à raison de certaines circonstances particulières et défavorables au démettant. Que la jurisprudence ait vu d'un œil peu favorable ces révocations, nous ne le contesterons pas, mais cela n'empêche pas « qu'on n'aurait pu ôter de l'esprit des

(1) Nouvelle coutume, art. 537.

(2) Dumoulin, *sur Paris*, art. 8.

Parisiens, que toute démission de biens est une donation à cause de mort et révocable de sa nature ⁽¹⁾. »

Les coutumes n'indiquent aucune forme pour la révocation. Lebrun exige des lettres royaux. Son opinion n'est pas suivie des autres jurisconsultes, et avec raison, car les lettres royaux ne se prennent que pour des actes irrévocables de leur nature.

L'effet de la résolution est absolu : *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Annulation de toute aliénation ou hypothèque consentie par les démissionnaires, restitution des biens au démettant qui est censé n'en avoir jamais perdu la propriété, récompense aux démissionnaires pour toute dette payée ou amélioration faite par eux, et, à l'inverse, obligation pour eux de rendre compte de toute détérioration ne provenant pas d'un cas fortuit, telles sont les conséquences de l'anéantissement de la démission de biens.

La survenance d'un enfant au démettant faisait tomber la démission, lors du moins qu'elle avait été faite entre les mains de collatéraux : les démissionnaires n'étaient plus héritiers présomptifs. On appliquait la fameuse loi *si unquam* : elle ne prévoyait, il est vrai, que la donation entre-vifs ; mais les motifs étaient les mêmes pour la donation à cause de mort. Si la démission avait eu lieu en ligne directe, la survenance d'un enfant, n'enlevant point aux démissionnaires leur qualité d'héritiers présomptifs, n'avait aucun effet sur le sort de la démission. Le survivant avait seulement le droit de réclamer sa part héréditaire au décès de l'ascendant.

(1) Perchambault, cout. Bretagne, tit. XXIII, § 49, n° 3. La cout. de Bretagne rendait la démission irrévocable.

La démission faite par contrat de mariage était irrévocable à l'égard de l'héritier qui se mariait. Elle conservait son caractère à l'égard des autres.

Si le démettant n'avait révoqué sa disposition qu'à l'égard d'un ou de quelques-uns, les autres continuaient à posséder les biens abandonnés; non pas comme démissionnaires toutefois, mais comme simples possesseurs à titre précaire, n'ayant droit qu'aux fruits.

Si, durant la vie du démettant, l'un des démissionnaires venait à mourir, sa part devenait caduque. S'il avait des enfants appelés à le représenter, ils prenaient sa place; sinon sa portion accroissait à ses codémissionnaires; elle ne donnait pas lieu à l'exercice du droit de retour, même si le démettant était un ascendant. Ce droit ne se serait produit que si tous les démissionnaires étaient prédécédés sans postérité.

A la mort du démettant sa succession s'ouvre définitivement : ses héritiers sont connus, leur nombre en est fixé. Leurs droits sont ceux des héritiers en face d'une succession qui leur est déférée. Ils peuvent l'accepter purement et simplement, sous bénéfice d'inventaire, ou bien y renoncer. La qualité de démissionnaires ne met aucun obstacle à leur choix. Dans les deux premières hypothèses, les biens du démettant passent définitivement dans leur patrimoine; ils sont aussi tenus de ses dettes, *in infinitum* s'ils ont accepté purement et simplement, *intra vires* seulement s'ils ont usé du bénéfice d'inventaire.

Le renonçant reste étranger à la succession du démettant. Peut-il conserver sa part dans les biens abandonnés? La négative découle évidemment du caractère de la démission. Ce n'est qu'en sa qualité d'héritier présomptif

que le démissionnaire a été rendu propriétaire : du moment qu'il perd cette qualité, son droit se trouve par là même résolu (1). Cependant Boullenois était d'un avis contraire : il prétendait que la démission formait en elle-même une sorte de succession distincte et indépendante de la succession ordinaire (2). Mais pourquoi alors déclarer caduque la part du démissionnaire prédécédé ? Le démissionnaire renonçant eût toutefois pu retenir sans contestation sa part dans les biens démis lorsque la démission avait été faite dans son contrat de mariage.

Si les biens démis étaient restés indivis, il y avait à la mort du démettant un partage de ces biens réunis en une seule masse avec les biens restants.

13. — Mais le plus souvent il y avait eu partage des biens abandonnés, du vivant même du démettant. Il y avait lieu alors de procéder au moment de sa mort à un second partage des biens qu'il avait acquis depuis son abandon, partage complètement distinct et indépendant du premier.

Lorsqu'il y avait plusieurs démissionnaires, la démission était presque toujours suivie d'un partage immédiat. Tantôt il était fait par les démissionnaires eux-mêmes, et alors il suivait les règles ordinaires du partage ; nous n'avons pas à nous y arrêter. Tantôt, au contraire, le démettant opérait lui-même la distribution de ses biens. Quels étaient ses droits, dans quelles limites se trouvait-il renfermé ? C'est ce qu'il importe de bien déterminer.

Le démettant devait respecter l'égalité dans ses lots. Il

(1) Pothier, cout. d'Orléans. *Introd.*, tit. xvii.

(2) Ferrière était du même avis. Vo *Démis. de biens*.

ne faisait, en effet, que remplir l'office du juge, que faire le partage que celui-ci aurait opéré après sa mort : il n'était, dit Pothier, que l'exécuteur par anticipation de la loi. Cette règle, absolue pour les démissions en ligne collatérale où la plus stricte égalité était nécessaire pour leur validité, ne fléchissait que dans les rares coutumes qui, prévoyant la démission entre collatéraux, lui accordaient la même immunité qu'à la démission en ligne directe. Quand elle avait pour auteur un ascendant, en effet, on admettait les mêmes tempéraments que dans le partage d'ascendant. Dans les coutumes d'égalité donc, par faveur, on ne prenait pas en considération la lésion minime; tout avantage un peu considérable nécessitait, à peine de nullité, l'emploi des formalités de la donation ou du testament, et encore devait-il ne porter aucune atteinte à la légitime ou aux réserves coutumières. Dans les coutumes de préciput l'égalité n'était nullement nécessaire, l'ascendant ayant toute latitude pour se mouvoir dans les limites de la légitime. Il pouvait très-bien arriver que l'ascendant eût des biens situés sur le territoire de deux coutumes différentes, l'une d'égalité et l'autre de préciput. Il était tenu alors de suivre la règle de la situation des biens, car, comme succession anticipée, la démission appartenait au statut réel.

Nous ne voyons pas que les anciens auteurs aient parlé de la démission faite par un descendant entre les mains d'un ascendant : cette hypothèse devait être, en effet, fort rare.

Nous savons que les démissionnaires en ligne directe se devaient le rapport des biens précédemment reçus. L'ascendant eût pu les en dispenser expressément dans les pays de préciput.

La garantie était due par les copartagés entre eux. C'était de toute nécessité dans les pays d'égalité. C'est avec raison qu'on posa le même principe dans ceux de préciput, car, du moment que le disposant n'avait pas déclaré le contraire, il était naturel de supposer qu'il avait entendu que chacun conservât sa part telle qu'il lui avait faite. Pouvait-on agir en garantie du vivant même du démettant? Ni les coutumes ni les auteurs ne nous donnent la solution de cette question, importante cependant.

Pour juger de la validité du partage, on se plaçait au moment de la mort du démettant, et non à celui de la démission. Jusqu'à cette époque étaient ajournées les difficultés; ce n'était qu'alors qu'il pouvait être question d'examiner si l'un des démissionnaires était lésé dans le partage, s'ils avaient tous reçu leur légitime, si leurs parts se composaient de la même nature de biens, si tous les héritiers avaient été apportionnés.

Devait-on aller jusqu'à admettre que le partage fait avec la plus grande impartialité par le démettant ne fût cependant pas à l'abri de la rescision si, par suite de cas fortuits, il survenait dans le lot d'un des copartagés des plus-values ou des pertes de nature à détruire l'égalité? En un mot, fallait-il laisser le cas fortuit à la charge de la masse commune? Non, disaient les uns ⁽¹⁾, car les risques sont pour le propriétaire, et le démissionnaire est propriétaire. « Nous ne pouvons nous dispenser, disait Boullenois, de considérer le démissionnaire copartagé comme propriétaire du jour même du partage. » C'était donc, d'après eux, au moment du partage

(1) Boullenois, p. 170; *Nouveau Denizart*, V^o *Démis. de biens*.

qu'on devait se reporter pour en apprécier la validité : il n'eût pas été équitable qu'un acte parfaitement valable à l'origine fût vicié par un événement postérieur, complètement indépendant de la volonté des parties. Les démissionnaires, disaient les autres, ne sont définitivement saisis de leur part qu'au décès du démettant, lorsqu'ils revêtent irrévocablement la qualité d'héritiers : c'est donc à ce moment seul qu'il faut se placer pour vérifier si le partage est conforme aux lois de l'égalité (1).

Il n'y avait lieu à aucune discussion quand le partage se trouvait déjà nul pour quelque autre raison. Tous les biens étant alors remis en commun, il était évident que la perte fortuite était supportée par la masse commune.

14. — Quelques particularités distinguaient la coutume de Bretagne des autres coutumes.

La démission pouvait n'être pas universelle, ne comprendre qu'une partie des biens du démettant sans être pour cela assujettie aux formalités des donations. Le démissionnaire n'en était pas moins tenu des dettes du démettant.

Ce qui différencie surtout cette coutume, c'est la publicité exceptionnelle qu'on pouvait donner à la démission de biens. Elle consistait à la *bannir* par trois dimanches consécutifs à l'issue de la grand'messe, dans la paroisse où le démettant était domicilié, et dans toutes celles où il avait maison ; ainsi qu'au marché ; puis à la certifier devant le juge et à l'enregistrer au greffe.

(1) Ferrière, *Dict. de droit*, V. *Démissions de biens*.

Cette publication rendait la démission irrévocable, si ce n'est pour les causes qui autorisaient la révocation des donations ou l'exhérédation. Elle ôtait au démettant tout pouvoir d'aliéner ou d'hypothéquer les biens abandonnés.

Elle enlevait toute action sur les biens démis aux créanciers chirographaires du démettant postérieurs à son abandon. C'était, en effet, une règle de la coutume de Bretagne (et de quelques autres, dites d'égalité parfaite), que la donation faite à un héritier présomptif fût rapportable dans la succession du défunt, non-seulement à l'égard des autres héritiers, mais aussi à l'égard des créanciers héréditaires. A la mort du donateur, la qualité de donataire disparaissait complètement, se fondait dans celle d'héritier, et on ne pouvait être héritier qu'à la charge d'être tenu de toutes les dettes du défunt ⁽¹⁾. Le bannissement de la démission pouvait seul mettre les démissionnaires à l'abri des poursuites des créanciers héréditaires postérieurs à la démission.

La Bretagne n'était pas le seul pays où la démission fût irrévocable. La coutume de Clermont-en-Argonne le portait aussi expressément (tit. 6, art. 12). Elle était admise en Normandie par la jurisprudence. La jurisprudence de cette dernière province, du reste, se rapprochait sur plusieurs points de la doctrine bretonne; c'est ainsi qu'elle exigeait la formalité de l'insinuation pour rendre la démission opposable aux tiers.

15. — En résumé, nous trouvons dans notre ancien droit comme sources du partage d'ascendant actuel :

(1) La donation était même rapportable par l'héritier présomptif qui renonçait à la succession.

1° Le partage d'ascendant, d'origine romaine, applicable à toute la France, opérant la distribution des biens de l'ascendant pour après sa mort.

2° La démission de biens, d'origine coutumière, réglant entre-vifs, avec possibilité de révocation toutefois, le partage du patrimoine du démettant. Elle n'était pas en usage dans les pays de droit écrit. On y arrivait à peu près au même résultat, au moyen de donations entre-vifs ou à cause de mort. « Dans les pays de droit écrit, dit Furgole, on n'a ni coutume, ni usage, du moins au Parlement de Toulouse, qui fasse des démissions de biens un genre particulier de disposer ; cependant elles y sont autorisées ; elles peuvent être faites en la forme d'une donation à cause de mort, ou bien par donation entre-vifs. » Depuis l'ordonnance de 1735, qui prohiba la donation à cause de mort, la ressource de la donation entre-vifs resta seule : l'abandon dut désormais être définitif et irrévocable.

CHAPITRE III.

Droit intermédiaire.

SOMMAIRE.

16. — Le partage d'ascendant était-il permis sous la loi de nivôse an II ?
17. — Il le fut toujours au moins à partir de la loi du 5 germinal au VIII.

16. — La loi du 17 nivôse an II, prohibant toute inégalité entre héritiers, était muette sur la question du partage d'ascendant.

La démission de biens pure et simple était encore certainement possible, puisqu'elle n'apportait aucun changement aux droits des héritiers ⁽¹⁾.

Mais l'ascendant pouvait-il opérer lui-même la répartition de ses biens, à condition, bien entendu, d'observer le plus scrupuleusement possible l'égalité ?

Nous ne voyons pas de raisons sérieuses de le lui défendre. La loi de nivôse n'avait fait, en définitive, que reproduire les dispositions des coutumes d'égalité où le

(1) Requête, 11 juin 1835. D. 35, 1, 315.

partage d'ascendant était bien pratiqué ⁽¹⁾. Et, en tous cas, les déchéances ne se suppléent pas.

Quelques auteurs éminents pensent cependant que la loi de nivôse avait retiré implicitement cette faculté à l'ascendant ⁽²⁾. La lui laisser, disent-ils, eût été lui permettre de faire, par la voie du partage, ce que la loi lui défendait de faire directement. Le meilleur argument en faveur de cette opinion, serait d'invoquer l'esprit de ces premières lois de la Révolution, essentiellement hostiles aux ascendants.

17. — Quoi qu'il en soit, cette question a perdu tout son intérêt. La loi du 5 germinal an VIII, ayant permis de faire à ses héritiers des libéralités préciputaires, rien ne s'opposait désormais au partage d'ascendant.

(1) Requête, 11 décembre 1814; Requête, 11 juin 1835.

(2) Genty, *Traité des partages d'ascendants*, p. 72.

CHAPITRE IV.

Législation actuelle.

SOMMAIRE.

18. — Dispositions du Code civil.

19. — L'examen des législations étrangères offre un médiocre intérêt en cette matière.

18. — Le Code civil augmenta dans l'hypothèse où il y aurait plus de trois enfants la quotité disponible que la loi de germinal avait limitée toujours à une part d'enfant.

Au titre *des donations et des testaments* il consacra un chapitre particulier aux *partages faits par père, mère, ou autres ascendants, entre leurs descendants*.

En voici les articles :

« Art. 1075. Les père et mère et autres ascendants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens.

» Art. 1076. Ces partages pourront être faits par actes entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites par les donations entre-vifs et testaments.

Les partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents.

» Art. 1077. Si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris seront partagés conformément à la loi.

» Art. 1078. Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès, et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait.

» Art. 1079. Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart : il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet.

« Art. 1080. L'enfant qui, pour une des causes exprimées en l'article précédent, attaquera le partage fait par l'ascendant, devra faire l'avance des frais de l'estimation ; et il les supportera en définitif, ainsi que les dépens de la contestation, si la réclamation n'est pas fondée. »

Le Code civil n'admet donc plus en faveur de l'ascendant des privilèges de formes comme le droit romain et notre ancien droit. Son partage devra revêtir la forme des dispositions ordinaires entre-vifs ou testamentaires.

Il ne peut plus y avoir de partage accessoirement à une démission de biens, puisque le Code civil ne reconnaît que deux modes de dispositions à titre gratuit : la donation entre-vifs et le testament (art. 893). L'article 153

du projet de Code qui supprimait expressément la démission de biens était inutile : c'est donc avec raison qu'on l'a retranché du texte définitif. Garder la démission de biens, « c'était, disait Bigot de Préameneu, laisser dans les pactes de famille une incertitude qui causait les plus graves inconvénients. Le démissionnaire qui avait la propriété sous la condition de la révocation, se flattait toujours qu'elle n'aurait pas lieu. Il traitait avec des tiers, il s'engageait, il dépensait, il aliénait, et la révocation n'avait presque jamais lieu sans des procès qui empoisonnaient le reste de la vie de celui qui s'était démis, et qui rendaient sa condition pire que s'il eût laissé subsister sa démission... »

L'ascendant emploiera la forme des donations entre-vifs s'il veut donner un effet actuel à sa disposition; et la forme testamentaire s'il veut en retarder l'effet jusqu'à sa mort.

Il peut partager tout ou partie de son bien.

Enfin, sans se préoccuper de la question de savoir si la réserve est entamée ou non, le Code assimile complètement ce partage à un partage ordinaire au point de vue de l'égalité à observer dans la composition des différents lots : admettant la rescision pour lésion de plus du quart, ne prenant point en considération une moindre lésion.

19. — L'examen des législations étrangères n'offre que peu d'intérêt sur les partages d'ascendants. La plupart paraissent les avoir laissés sous l'empire des règles ordinaires relatives aux donations et aux testaments. Et celles qui en ont fait l'objet de dispositions spéciales, à quelques exceptions près, reproduisent les articles du Code civil français.

DES PARTAGES
D'ASCENDANTS
DANS LE CODE CIVIL.

CHAPITRE PREMIER.

Nature et caractère du partage d'ascendant.

SOMMAIRE.

- 20. — C'est à la fois un acte de disposition et un acte de distribution.
- 21. — Utilité du partage d'ascendant.
- 22. — Quel privilège la loi confère-t-elle aux ascendants dans les articles 1073 et suivants?
- 23. — Tout le monde peut-il faire un partage dans ces conditions?
- 24. — Difficulté et importance de distinguer si l'ascendant a fait un partage ou simplement des legs ou des donations.

20. — Le partage d'ascendant est tout à la fois un acte de disposition et un acte de distribution.

C'est un acte de disposition, car l'ascendant change en droits exclusifs sur certains biens les droits indivis de ses héritiers sur sa succession. Ce caractère domine dans le partage entre-vifs qui devance le moment de la

vocation héréditaire et rend les donataires immédiatement propriétaires; de telle sorte que leur renonciation ultérieure à la succession de l'ascendant ne saurait leur enlever, dans la limite de la quotité disponible du moins, les biens qu'ils tiennent de sa libéralité.

Mais c'est aussi un acte de distribution : le partage de la succession de l'ascendant, opéré par ses propres mains. Ce que les descendants reçoivent, c'est leur part héréditaire : leur lot est proportionnel à leur vocation légitime. Leur droit préexistait au partage d'ascendant, de même que le droit des héritiers préexiste au partage judiciaire ou amiable des biens indivis de la succession. Ce deuxième caractère prédomine dans le partage testamentaire où les copartagés ne peuvent recueillir leurs lots qu'autant qu'ils acceptent la succession de l'ascendant et n'en sont point indignes.

De la nature mixte du partage d'ascendant il résulte que cette institution sera soumise d'une part aux règles des donations et des testaments, et d'autre part à celles du partage. Quand appliquera-t-on les premières et quand les secondes? C'est là surtout que réside la difficulté de cette matière; c'est là la source des principales controverses qui l'agitent et en font un des sujets les plus ardu de notre droit civil. « Difficile problème, s'écrie M. Demolombe ⁽¹⁾, qui ne saurait être tranché d'une manière absolue, et qui nous forcera de faire, de chaque côté, certaines concessions, pour arriver, s'il se peut, à cette alliance délicate et périlleuse, entre la succession légitime et la disposition entre-vifs ou par testament, d'où procède la théorie complexe et mélangée du par-

(1) Demol., *Donations*, t. V, n° 693.

tage d'ascendant. » Nous aurons à le résoudre quand nous examinerons les effets produits par le partage d'ascendant opéré soit par donation, soit par testament. Ce que nous pouvons dire dès maintenant, c'est que, en disant que les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et les testaments recevront ici leur application, l'article 1076 n'a entendu parler que des questions de forme. Pour les questions de fond et d'exécution on peut donner, en général du moins, cette distinction : application des règles des donations entre-vifs ou testamentaires dans les rapports entre l'ascendant et les descendants, application des règles du partage dans les rapports des descendants entre eux.

La responsabilité de la plupart de ces difficultés incombe au trop grand laconisme du Code. Six articles pour un sujet aussi vaste et aussi compliqué sont vraiment trop insuffisants, alors surtout que le législateur a modifié du tout au tout le caractère des partages entre-vifs. Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir tous les jours se greffer sur les partages d'ascendants une multitude de procès soulevés par l'intérêt, la haine ou la jalousie, et qui viennent même souvent assombrir les derniers moments de celui dont le but était d'assurer un repos bien mérité à ses vieux jours tout en se dépouillant prématurément de ses biens en faveur de ses enfants.

21. — Le partage d'ascendant n'en reste pas moins cependant une institution d'une grande utilité.

C'est un moyen pour l'ascendant de prévenir les discordes, malheureusement trop fréquentes, allumées au

sein d'une famille par les questions d'intérêts qui accompagnent nécessairement le partage d'une succession.

Lorsqu'il se trouve quelque incapable parmi les enfants, il permet au père de famille de leur éviter la nécessité ruineuse du partage judiciaire.

Et puis, qui connaît mieux que l'ascendant la valeur de ses propres biens, les aptitudes, les goûts, les besoins de chacun de ses enfants? Par suite, qui, plus que lui, est à même de composer les lots selon le véritable intérêt de chacun d'eux? Qui aura plus de souci que lui d'éviter les morcellements trop désavantageux dont il a pu sonder d'avance le triste et irrémédiable effet? Il est vrai qu'au point de vue de la composition des lots il ne jouit pas d'une liberté complète, d'après la jurisprudence du moins; mais cependant a-t-il, dans certaine limite, un pouvoir dont l'exercice est encore très-précieux.

Quand il est fait par acte entre-vifs, le partage d'ascendant permet au père vieilli et fatigué de se décharger du fardeau de l'administration pour le remettre à des mains jeunes et d'autant plus actives qu'elles gèreront leur propre patrimoine.

Enfin, il est aussi utile à la société, intéressée au développement de la prospérité publique et principalement de l'agriculture, à laquelle cette institution rend de si grands services.

Supprimez les partages d'ascendants et laissez fonctionner la loi des successions, tous ces avantages s'évanouissent.

La critique cependant ne l'a pas épargné.

L'ascendant, a-t-on dit, en usera le plus souvent pour avantager quelques-uns de ses enfants dans des propor-

tions illicites. Que ce fait se soit présenté quelquefois, nous ne pouvons le nier. Un enfant pourra se trouver avantagé un peu par le partage comme il pourrait l'être du reste dans tout partage. Mais si l'ascendant a voulu réunir sur la même tête le double avantage du lot le plus fort et de l'attribution par préciput de la quotité disponible, une simple estimation suffira pour réprimer sa fraude. L'ascendant qui voudrait sérieusement éluder la loi recourrait plus sûrement au don manuel ou à l'acte simulé. Cet inconvénient, du reste, ne saurait exister réellement dans le partage entre-vifs, que les descendants se garderaient bien d'accepter s'ils croyaient y trouver un désavantage.

Le partage entre-vifs, en revanche, ajoute-t-on, présente un inconvénient considérable qui n'existe pas dans le partage testamentaire : il est irrévocable. Il entraîne une sorte de déchéance pour le père de famille qui se démet de tous ses biens. Que deviendra son autorité, dépourvue ainsi de toute sanction ? Il ne sait pas à quoi sa donation-partage l'expose. Et ce n'est pas un danger imaginaire. Voyez plutôt ces citations :

« Ne donnez point pouvoir sur vous pendant votre vie à votre fils...., dit l'Ecclésiaste; ne donnez point à un autre le bien que vous possédez, de peur que vous ne vous en repentiez et que vous ne soyez réduit à lui en demander avec prière... » (Ch. XXXIII, v. 20 et 24.)

« Qui le sien donne avant mourir

« Bientôt s'apprête à moult souffrir, »

disait Loysel.

C'est une sinistre résolution, écrivait Lebrun, à laquelle il n'y a qu'une ressource, la révocation.

Et le proverbe espagnol est encore plus explicite :

« Qui donne son bien avant sa mort
« Qu'on lui donne d'un marteau sur la tête. »

Il est quelquefois malheureusement vrai encore que le père ait à se repentir de sa confiance en ses enfants. Nous ajouterons même que la ressource de la révocation pour ingratitude lui sera dans cette hypothèse le plus souvent refusée, car la loi est sévère dans l'admission des faits qui peuvent constituer l'ingratitude légale. Mais les fils ingrats ne sont cependant pas la règle : ils ne forment que l'exception. « Cela est vrai, quand on donne ses biens à des indignes, disait Laurière, en commentant l'adage de Loysel : *Beneficium enim dando accepit qui digno dedit.* » D'ailleurs, c'est au père de famille d'user prudemment de la faculté que la loi lui accorde. Qu'il étudie bien le caractère de ceux qui vont devenir les dépositaires de sa fortune et, s'il a quelque doute, qu'il ne distribue pas tous ses biens, ou du moins qu'il s'en réserve l'usufruit, ou qu'il stipule une rente viagère.

22. — Quel privilège le partage d'ascendant constitue-t-il donc pour celui-ci pour que le législateur ait jugé nécessaire de le consacrer dans un chapitre spécial, en dehors des dispositions ordinaires par donations entre-vifs ou testamentaires, pour que son maintien ou sa suppression soit encore le sujet d'assez vives polémiques? Maintenant que nous connaissons son caractère juridique, il nous sera assez facile d'y répondre. Il ne constitue plus comme autrefois un privilège de forme; mais un privilège de fond. C'est un privilège, en effet, que la faculté donnée à l'ascendant de faire lui-même la

répartition de sa réserve, des biens indisponibles, entre ses enfants; car il est de règle que la réserve échappe à toute disposition de l'homme. Non-seulement il ne peut y porter atteinte par des actes à titre gratuit, mais il doit la conserver dans l'état même où la loi l'a établie au profit des réservataires. Et par le partage d'ascendant leur droit sur la masse indivise de la succession est transformé en droit exclusif sur les biens déterminés dont leurs lots se trouvent composés.

C'est un privilège plus grand encore par la latitude laissée à l'ascendant d'entamer même la réserve d'un ou de quelques-uns de ses descendants dans certaines mesures que nous aurons à étudier en parlant de l'article 1079. Le législateur ne s'occupe, en général du moins, que de l'inégalité qui enlèverait à l'enfant plus du quart de sa part normale dans la masse partagée.

Fait entre-vifs le partage d'ascendant est de plus une dérogation à l'article 1130, qui prohibe les pactes sur succession future, puisque les copartagés s'engagent à l'accepter comme partage de la succession du donateur s'ils lui succèdent. Il constitue de leur part une renonciation au droit de provoquer le partage des biens de l'ascendant à sa mort et de demander la réduction de ses libéralités dans le cas où les inégalités de sa distribution entameraient leur réserve.

23. — La présence d'héritiers réservataires étant la cause du caractère exceptionnel du partage d'ascendant, puisque toute personne qui ne se trouve pas limitée par une réserve peut disposer comme elle l'entend de la totalité de ses biens, il se pose la question suivante : tout le monde peut-il faire un partage analogue à celui

que les articles 1075 et suivants mettent à la disposition de l'ascendant? Cette question complexe mérite quelques développements.

Toute personne qui n'a pas d'héritiers à réserve peut assurément distribuer elle-même entre des étrangers, ses donataires ou légataires universels ou à titre universel, les biens dont se compose son patrimoine. Elle a aussi le même droit envers ses héritiers présomptifs, frères et sœurs ou autres collatéraux. Rien n'empêche non plus le descendant sans postérité de faire tels arrangements qu'il lui plaira à l'égard de ses ascendants, pourvu qu'il laisse intacte, en dehors de ses dispositions, la réserve de ceux-ci.

Mais ces attributions ne constituent pas, dans le sens juridique du mot, un partage du patrimoine du disposant. Elles conservent un caractère purement individuel, elles n'ont aucun rapport, aucune connexité les unes avec les autres. Elles seront régies entièrement par les règles ordinaires des donations ou des testaments. Il n'y a même pas lieu à cet égard de considérer quels termes ont été employés, de rechercher si le disposant s'est servi des expressions *legs* ou *donations*, ou s'il a revêtu du nom de *partage* l'ensemble de ses dispositions. Elles ne pourront pas, même dans cette dernière hypothèse, donner naissance aux actions qui prennent leur source dans la nature du partage et le texte de la loi : action en garantie pour cause d'éviction, action en nullité pour omission de l'un des successeurs universels (art. 1078), action en rescision pour lésion de plus du quart (art. 1079).

On a toutefois enseigné le contraire. Le partage de son patrimoine opéré par tout autre que par un ascen-

dant, par un oncle, par exemple, a-t-on dit, s'explique et se justifie par des raisons de tout point identiques à celles qui ont fait admettre le partage d'ascendant. Il a voulu enlever à ses successeurs tout motif de contestation, tout sujet de difficulté, les apportionner suivant la position et la convenance de chacun d'eux, leur épargner les frais d'un partage judiciaire. Enfin, ne peut-on pas dire aussi, dans certains cas, qu'il a voulu se décharger de l'administration de son patrimoine, devenue trop pesante pour ses infirmités ou sa vieillesse, en la déposant par anticipation entre les mains de ses héritiers présomptifs?

Et alors, quoi de plus raisonnable que d'appliquer les règles du partage d'ascendant, surtout lorsque tout le monde reconnaît qu'il n'y a là rien de contraire à l'ordre public ni aux règles du droit? C'est la volonté du disposant. Papinien n'hésitait pas à le reconnaître dans les mêmes circonstances ⁽¹⁾.

Ce n'est pas non plus, ajoute-t-on, contraire au texte du chapitre VII du Code civil dont les termes, restreints à première vue, doivent, sous l'influence des connaissances historiques, s'étendre au profit de toute personne. L'ascendant étant jadis affranchi de toutes règles de forme pour la confection et l'accomplissement de son partage, il était tout naturel que les jurisconsultes restreignissent cette faveur aux personnes énumérées par la coutume. De plus, la réserve coutumière immobilisait dans la succession des collatéraux la plus grande partie des propres, en ne leur permettant de ne disposer par testament que d'un cinquième en général. Ces privilèges et ces res-

(1) L. 77, § 8, *De legat.* 2°.

trictions n'existant plus, il n'y a aucune raison de ne pas mettre le collatéral sur la même ligne que l'ascendant (1).

Cette opinion ne réunit plus aujourd'hui que de rares partisans : on peut même dire qu'elle est à peu près complètement abandonnée. Nous n'admettons pas la base sur laquelle repose le système que nous combattons. Nous nions cette présomption de volonté qui serait dans ce cas absolument la même que s'il s'agissait d'un partage d'ascendant. L'ascendant, aux yeux de la loi, est mû envers chacun de ses descendants d'une égale affection. Cette présomption, conforme en général à l'ordre naturel et aux justes prévisions du législateur, peut quelquefois, il est vrai, ne pas se trouver conforme aux faits. Mais la ressource facile et légale du préciput fournit à l'ascendant le moyen de déroger à un ordre de succession basé sur la nature. Peut-on en dire sérieusement autant du descendant et surtout de collatéral ou de l'étranger? Peut-on sérieusement prétendre qu'il embrasse d'une même affection tous ceux qui sont appelés par la loi ou par sa propre volonté à lui succéder? Peut-on sûrement affirmer que la diversité des lots est le résultat fortuit d'une erreur du disposant, que l'omission d'un de ses successeurs n'est qu'un simple oubli de sa part? Et si l'on répond négativement à toutes ces questions, où sera désormais le fondement de l'action en garantie ou de l'action en nullité par omission ou inégale répartition des biens?

Peu importe donc, en définitive, la qualification que le

(1) Delvincourt, t. II, p. 48, note 5; Caen, 2 décembre 1847, Sir., 49, 2, 193; comp. Genty, p. 90 à 100.

disposant a donnée à son acte : *non est sermoni, sed rei sermo subjectus* (1).

Et la qualification de partage donnée à sa donation ou à son testament n'indique pas assez clairement sa volonté de soumettre ses dispositions à toutes les règles de cet acte.

Mais nous serons prêts à respecter et à accomplir sa volonté quand elle aura été nettement et sûrement exprimée. Nous exigerons seulement pour cela que la donation ou le testament manifeste expressément l'intention de faire produire à ses dispositions les effets du partage.

Ainsi il peut certainement et efficacement déclarer, qu'ayant voulu faire une répartition égale de ses biens entre ses héritiers, il entend leur donner l'action en rescision pour lésion de plus du quart, ou annuler son partage dans le cas où l'un de ses héritiers, au moment de sa mort, ne s'y trouverait pas compris. Rien ne l'empêche non plus d'imposer valablement l'obligation de garantie à chacun de ses donataires ou légataires. Ces conditions n'ont rien de contraire à l'ordre public. Elles ne sont que les modalités de la donation entre-vifs ou du legs, procédant, comme la disposition principale elle-même, de la volonté expresse du donateur ou du testateur.

Mais nous refuserions à l'action en garantie le privilège de l'article 2103. Le privilège, en effet, a sa source uniquement dans la loi : la volonté de l'homme est impuissante à le créer. Cette opinion, généralement admise,

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 728 ; Colmet de Sant., IV, 242 bis, I et II. — Demol., *Donations*, t. V, nos 697 à 702 ; Troplong, t. IV, n° 2296 ; Observations de M. Devilleneuve sur l'arrêt de Caen, Sir., 49, 2, 193.

trouve cependant des contradicteurs. Il ne faut pas, dit-on, attribuer un sens trop absolu au principe : les privilèges ne peuvent pas être établis par la volonté de l'homme. Cela signifie qu'on ne peut attribuer un privilège à une créance qui n'est pas déclarée privilégiée par la loi. Mais il n'en est pas moins vrai que la volonté de l'homme est la cause indirecte de la naissance des privilèges ; c'est elle qui donne naissance à la créance ⁽¹⁾. Cela est très-juste, mais cette créance ici doit être envisagée comme un legs subsidiaire qui a pour objet, au lieu de la chose en nature, une indemnité représentative de sa valeur ; ce qui met l'évincé en droit de se prévaloir sans doute de l'hypothèque légale de l'article 1017, mais non du privilège des copartageants ⁽²⁾.

24. — Le partage d'ascendant est une institution spéciale, régie, quant au fond, par des dispositions à elle, différentes des règles des donations et des testaments. Et cependant il revêt les mêmes formes que ces deux modes de libéralité. Aussi peut-il y avoir quelquefois doute sur la véritable intention de l'ascendant : a-t-il voulu faire un partage ou seulement de simples libéralités ? Cette question, laissée à l'interprétation des tribunaux, est souvent difficile à résoudre ; la solution en est cependant très-importante.

La libéralité simple peut se faire de deux manières, soit par préciput, soit seulement par avancement d'hoirie. Ce dernier mode n'est pas applicable au testament, où l'on ne saurait en voir l'utilité. Le partage d'ascendant, au contraire, ne donne jamais lieu à rapport, car

(1) Genty, p. 253 ; Lyon-Caen, *Thèse de doctorat*, p. 174.

(2) Demol., t. V, n° 702 ; Colmet de Sant., t. IV, n° 242 bis, II.

on ne peut rapporter que les choses qui doivent rentrer dans un partage à faire; et ici le partage est fait déjà; mais il s'éloigne aussi de l'avantage par préciput, car il doit observer l'égalité entre les copartagés et comprendre tous les héritiers.

En général le legs ou la donation a un caractère individuel : la libéralité ne vise qu'un seul ou quelques-uns seulement des descendants; tandis que le partage est une attribution collective, embrassant dans ses dispositions l'ensemble des enfants et faite dans la proportion de leurs droits héréditaires. Mais cette différence est loin d'être essentielle et il ne faudrait pas la regarder comme un critérium. Rien ne s'oppose à la conception d'une donation ou d'un testament contenant des attributions individuelles au profit de tous les descendants, sans que l'ascendant ait cependant entendu faire entre eux un véritable partage. Et, à l'inverse, n'arrive-t-il pas quelquefois que quelques-uns des descendants soient omis dans la répartition que l'ascendant fait de son patrimoine entre ses héritiers présomptifs, sans que cependant sa disposition perde son caractère de partage? Elle en produirait même tous les effets si l'enfant omis n'arrivait pas à sa succession.

La qualification donnée par l'ascendant à sa disposition n'en indiquera pas toujours non plus la véritable nature. Eût-elle reçu la dénomination de *donation*, de *règlement de compte* ou de *transaction*, elle n'en pourrait pas moins quelquefois, selon les circonstances, être considérée comme un partage d'ascendant (1). C'est une question de fait et d'intention, dont l'interprétation est

(1) Agen, 6 juil. 1824, D. 1825, 2, 50; Req. rej., 20 juin 1837, Sir., 37, 1, 746; Req. rej., 4 mai 1846, Sir., 46, 1, 463; Cas. rej., 18 juin 1867, Sir., 67, 1, 297.

laissée à la conscience et aux lumières du juge du fait (1). Toutefois un pourvoi en cassation pourrait être dirigé contre un arrêt qui aurait modifié arbitrairement la nature de l'acte de l'ascendant, en lui attribuant les effets du partage ou d'une simple disposition à titre gratuit alors qu'il n'en présentait manifestement aucun des caractères (2).

Devrait-on voir un partage d'ascendant dans la donation collective que l'ascendant ferait de tout ou d'une partie de son patrimoine entre ses enfants sans en opérer entre eux la division matérielle?

Éliminons d'abord l'hypothèse ou la division aurait été ensuite opérée par les enfants eux-mêmes, en présence et du consentement de l'ascendant. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour y voir un véritable partage d'ascendant, et cela alors même que la donation et la répartition se trouveraient faites dans deux actes séparés, si toutefois ces divers actes se liaient intimement les uns aux autres et n'étaient destinés, dans la commune intention des parties, à ne former qu'un seul et même tout (3). Le juge pourrait le décider encore ainsi, quand même l'action et le concours de l'ascendant ne se seraient pas manifestés à l'extérieur, s'il résultait de l'examen des circonstances que les copartageants n'avaient fait qu'exécuter les volontés de l'ascendant, qu'il avait eu soin de leur dicter avant de leur consentir l'abandon de ses biens. Il lui serait facile sans cela d'éluder la disposition finale de l'article 1079, puisque la lésion ne serait jamais

(1) Req. rej., 20 juin 1837, cité ci-dessus.

(2) Cas., 4 juin 1849, Sir., 49, 1, 487.

(3) Req. rej., 10 août 1831, Sir., 31, 1, 325; Civ. Cass., 11 avril 1849, Sir., 49, 1, 487; Colmar, 2 fév. 1855, Sir., 55, 2, 625; Montpellier, 27 juil. 1869, Sir., 70, 2, 174; Bordeaux, 8 mars 1870, Sir., 70, 2, 173; Req. rej., 24 juin 1872, Sir., 73, 1, 77.

prise en considération que si elle dépassait le quart de la part normale de l'un des copartagés.

L'ascendant a pu se contenter de faire simplement l'abandon de ses biens en masse à tous ses descendants dans la proportion de leurs droits héréditaires. Son acte est parfaitement valable. Il est vrai que la loi ne l'a pas expressément autorisé; mais il suffit qu'elle ne l'ait pas défendu, car il rentre évidemment dans la faculté générale de disposer par donation. Il y a donc sous le Code civil, comme dans notre ancien droit, deux espèces d'abandon de biens : l'abandon accompagné de partage et l'abandon sans partage.

Ce dernier doit-il être soumis aux mêmes règles que l'abandon avec partage, ou bien n'est-il soumis qu'à celles qui gouvernent les dispositions à titre gratuit ordinaires? Cela demande quelques développements.

Nous n'appliquerons pas, bien entendu, à la répartition que feront plus tard entre eux les cōdonataires les articles qui réglementent les conditions de forme ou de capacité ou les causes et les effets de la rescision du partage quand il est fait par l'ascendant lui-même (art. 1076, 1079). Leur partage sera un partage ordinaire de choses communes. S'ils ne sont pas tous capables, il aura donc nécessairement lieu en justice. Il ne sera jamais rescindable pour une lésion moindre du quart. Enfin rien ne s'opposera à ce que l'action en rescision soit intentée du vivant même de l'ascendant; et le point de départ de sa prescription sera le jour même du partage.

La question se pose seulement relativement à l'application de l'article 3 de la loi du 16 juin 1824 et de l'article 1078 du Code civil. Cet abandon jouira-t-il de la réduction fiscale accordée au partage d'ascendant? Sera-

t-il nul s'il n'a pas été fait au profit de tous les héritiers du disposant?

La négative est assez vivement soutenue. Le texte d'abord, dit-on, s'y oppose. Les articles 1075 et suivants ne réglementent que les dispositions par lesquelles les ascendants opèrent *la distribution et le partage de leurs biens* (art. 1075). Et la loi du 16 juin 1826 se réfère expressément aux *donations portant partage, faites par actes entre-vifs, conformément aux articles 1075 et suivants du Code civil, par père, mère ou autres ascendants entre leurs descendants*. Or, est-il possible de voir un partage et une distribution dans une donation qui a pour objet une masse restée indivise? Cette interprétation serait un contre-sens dans toute la force du terme. Puis, si, quittant le texte de la loi, on en interroge l'esprit, il est impossible d'affirmer que cet abandon sans partage soit conforme au but que s'était proposé le législateur en instituant le partage d'ascendant. Son but était d'éviter les difficultés et les contestations auxquelles donne lieu si souvent le partage des successions, de venir au secours des enfants incapables en permettant à leur auteur de leur éviter les frais d'un partage judiciaire, de revêtir l'ascendant de la plus douce magistrature en l'autorisant à distribuer lui-même son patrimoine à ses enfants dans l'intérêt et pour la satisfaction de tous. Or une donation sans partage ne prévient aucune difficulté, n'évite aucun frais, ne présente en somme aucune vraie utilité.

Malgré toutes ces raisons, assurément sérieuses, on se prononce en général pour l'affirmative. Ne nous attachons pas trop à la lettre de la loi : la lettre tue et l'esprit vivifie. Le texte n'a prévu que le cas le plus fréquent. Rien n'autorise à croire qu'il a voulu rompre complé-

tement sur ce point avec la tradition. Si le législateur a assimilé les transmissions de propriété opérées en vertu des articles 1075 et suivants aux successions en ligne directe, c'est qu'il a été frappé principalement par la considération que l'ascendant ne fait que remettre par anticipation à ses héritiers futurs les biens qu'ils sont appelés à recueillir à son décès. A ce point de vue il n'y a pas lieu de distinguer s'il en a, oui ou non, opéré la distribution : dans les deux cas, c'est une sorte de succession anticipée. Cette simple démission de biens atteindra aussi, dans une certaine mesure, le but de la loi, en permettant à l'ascendant vieilli ou fatigué de se reposer et de faire passer entre les mains de ses enfants l'administration de son patrimoine, devenue désormais une trop lourde charge pour lui. L'ascendant n'arriverait pas au même résultat au moyen d'une simple donation en avancement d'hoirie qui ne transmettrait aux enfants qu'une propriété résoluble. Du reste, l'ascendant peut avoir de justes raisons pour ne pas opérer lui-même la distribution des biens qu'il abandonne : il échappera ainsi aux récriminations des copartagés, qui se figurent souvent avoir été sacrifiés les uns aux autres dans la répartition de l'ascendant.

Aussi notre ancien droit n'a-t-il jamais considéré le partage matériel comme un élément essentiel de la démission de biens.

C'est donc avec raison qu'une jurisprudence depuis longtemps constante applique à cette hypothèse la réduction du droit proportionnel de mutation établie par l'article 3 de la loi de 1824 en faveur du partage d'ascendant, et permet à l'enfant omis de demander, au décès de l'ascendant, le partage égal dans les biens qu'il a

abandonnés, au lieu de lui accorder seulement la réduction de la donation dans le cas où il ne se trouverait pas rempli de sa réserve dans les biens composant la succession du donateur ⁽¹⁾.

La distribution matérielle des biens n'est donc pas nécessaire pour que la libéralité soit soumise à certaines règles au moins du partage d'ascendant. La donation qu'un père aurait faite à son enfant unique, sous la désignation de partage d'ascendant, ne pourrait pas cependant être considérée comme tel. Cette proposition pourrait sembler, peut-être, un peu en opposition avec les principes que nous venons de poser. Elle se défend cependant parfaitement, lorsqu'on songe à la difficulté qu'il y aurait, dans ce cas, à discerner l'intention de l'ascendant, à décider s'il a voulu faire une donation ordinaire ou une démission de biens. L'enfant devra donc payer au fisc le droit de mutation par donation; et il conserverait la donation dans son entier s'il lui survenait un frère, à moins, toutefois, qu'elle ne portât par son étendue atteinte à la réserve de celui-ci ⁽²⁾.

La loi de 1824 eût sagement agi, croyons-nous, en étendant sa faveur fiscale à toute donation faite aux héritiers présomptifs, car cette donation n'est, elle aussi, qu'une anticipation de la succession naturelle.

(1) Req. rej., 28 avril 1829, Sir., 29, 1, 186; Req. rej., 29 mars 1831, Sir., 31, 1, 310; Civ. rej., 26 avril 1836, rendu au profit des enfants de Louis-Philippe, Sir., 36, 1, 499; Civ. rej., 11 avril 1838, Sir., 38, 1, 432; Paris, 23 juin 1849, Sir., 49, 2, 154; Bordeaux, 4 déc. 1871, Sir., 72, 2, 163; Req., 5 nov. 1877, D. 78, 1, 372; Aubry et Rau, t. VIII, § 728, texte et note 7; Demol., t. VI, n° 54; Réquier, *Traité des partages d'ascendants*, n° 111.

(2) Req. rej., 13 août 1838, Sir., 38, 1, 715; Civ. Cass., 20 janv. 1840, Sir., 40, 1, 185; Aubry et Rau, t. VIII, § 728; Demol., t. VI, n° 53; Réquier, n° 113.

CHAPITRE II.

Conditions de validité des partages d'ascendants.

SOMMAIRE.

25. — Division du chapitre.

25. — Les conditions d'existence des partages d'ascendants sont relatives à la forme de l'acte, à ses modalités, à la capacité des personnes qui peuvent le faire, aux personnes qui peuvent ou doivent y être comprises, aux biens que l'ascendant peut ainsi distribuer. Ce sera le sujet de cinq sections différentes.

SECTION I.

Formes des partages d'ascendants.

SOMMAIRE.

26. — Ce sont les formes ordinaires des donations et des testaments.

27. — L'acte qui contient le partage peut aussi comprendre une disposition précipitaire ;

28. — Ou toute autre disposition que l'on peut insérer dans une donation ou un testament.

26. — Dispensé à Rome et dans notre ancien droit français des formes solennelles des dispositions à titre gratuit, le partage d'ascendant est en ce point, sous l'em-

pire du Code civil, soumis aux règles du droit commun.

« Ces partages, porte l'article 1076, pourront être faits par actes entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et les testaments.

» Les partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents. »

C'est à tort qu'on a critiqué cette innovation. Elle est au contraire très-pratique et très-logique. Pratique d'abord; l'ascendant n'a-t-il pas, en effet, besoin d'être entouré des mêmes garanties dans son partage à cause de mort ou entre-vifs que dans le legs ordinaire ou la simple donation, et l'intérêt des enfants n'est-il pas assez gravement mis en jeu dans ces combinaisons diverses qui peuvent permettre à l'ascendant, sous le couvert d'un partage, d'avantager indirectement, de la façon la plus grave souvent, l'un d'eux au préjudice des autres, pour que cet acte soit revêtu des mêmes formalités que les libéralités ordinaires? Logique ensuite; car le partage entre-vifs constitue une véritable donation, et le partage pour le moment de la mort apporte une modification aux droits des héritiers légitimes, sinon en changeant la qualité de leur vocation, du moins en déterminant individuellement les biens qu'ils devront recueillir.

Quelques jurisconsultes ont voulu donner une filiation historique à chacune de ces deux formes de partage, en rattachant le partage entre-vifs à l'ancienne démission de biens et le partage testamentaire au partage entre enfants. En admettant même qu'ils ne manquent pas complètement d'exactitude, ces rapprochements sont dépourvus de tout intérêt.

Le partage sera donc fait avec les formalités, condi-

tions et règles prescrites pour la confection des donations et des testaments. Il n'y aura jamais lieu de recourir aux règles des successions ni à celles du partage ordinaire.

L'examen détaillé des principes qui régissent les donations et les testaments ne rentre pas dans le cadre de notre étude. Contentons-nous de les rappeler le plus brièvement possible.

Un acte notarié est nécessaire à la confection de la donation-partage (art. 931 C. Civ. et art. 2 de la loi du 21 juin 1843).

Un état estimatif doit lui être annexé quand elle comprend des objets mobiliers (art. 948). Le partage en pourrait toutefois être fait sans aucune formalité, si on prenait la forme d'une donation manuelle.

La transcription est nécessaire pour rendre opposable aux tiers l'abandon par acte entre-vifs de biens susceptibles d'hypothèque (art. 939 C. Civ., art. 2 de la loi du 23 mars 1855). Elle leur est même d'autant plus utile ici que l'ascendant, se réservant très-souvent l'usufruit des biens qu'il partage, peut ainsi facilement continuer à passer aux yeux des étrangers pour le propriétaire.

Le partage entre-vifs doit être accepté expressément et par acte authentique par les copartagés (art. 932). Si l'acceptation a lieu par un acte postérieur à la donation, elle devra être notifiée à l'ascendant. La donation-partage ne sera parfaite qu'après que tous les descendants l'aurent acceptée; car l'ascendant n'a pas voulu faire des donations individuelles et indépendantes, mais il a entendu faire un partage, et ce n'est par conséquent qu'avec ce caractère, qui lui imprime une sorte d'indivisibilité, que les descendants ont pu l'accepter. Tant

qu'ils n'ont pas encore tous accepté il n'y a qu'un projet d'abandon de la part de l'ascendant : il peut le révoquer à son gré, son décès l'anéantit de plein droit, la négligence ou le refus d'un seul de ses descendants peut en empêcher la réalisation (1).

Il en serait différemment, nous croyons, si l'enfant qui n'a pas accepté le partage venait à disparaître avant la mort de l'ascendant ou sa révocation, sans laisser de postérité. L'acte acquerrait par sa disparition toute sa perfection, puisque désormais l'intervention de ceux qui vivent, et qui ont accepté, suffit à sa validité. N'y a-t-il pas en effet analogie entre ce cas et celui où un descendant omis dans le partage ne recueille pas en définitive la succession (2)?

Le partage entre-vifs ne présentera pas toujours l'aspect solennel des formes ordinaires de la donation. Rien ne s'oppose à ce qu'il soit dissimulé sous la forme d'un contrat à titre onéreux, puisque la jurisprudence valide la libéralité déguisée (3).

Les règles qui sont la conséquence de la maxime *donner et retenir ne vaut* devront évidemment être respectées (art. 944, 945, 946).

(1) Cass., 11 avril 1838, Sir., 38, 1, 432; Req., 27 mars 1839, Sir., 39, 1, 267; D. Rec. alph., h. v., nos 1521 à 1523; Bastia, 10 avril 1854, D. 54, 2, 216; Aubry et Rau, t. VIII, § 729, note 12; Demol., t. VI, n° 10; Réquier, n° 47; Genty, p. 118.

(2) Genty, p. 118; Réquier, n° 47; Bonnet, *Traité des partages d'ascendants*, I, 316; — *Contra* Aubry et Rau, § 729, note 12; Demol., t. VI, n° 11.

(3) Cass., 14 nov. 1816; Sir., 17, 1, 372; Req. rej., 20 juin 1837; Sir., 37, 1, 746; Req. rej., 3 juin 1863; Sir., 64, 1, 269; Aubry et Rau, § 729; Demol., t. VI, n° 15; Bonnet, I, 367; Réquier, nos 46 et 114.

Le partage par acte de dernière volonté pourra revêtir l'une des trois formes du testament : authentique, mystique ou olographe. L'acceptation des descendants n'y est nullement nécessaire. Inutile toujours, elle serait même dangereuse si elle se trouvait écrite de leur propre main dans un testament olographe, où toute écriture qui n'est pas celle du testateur vicie le testament (art. 970) (1).

Deux ascendants ne pourront pas faire leur partage dans un testament conjonctif (art. 968). L'article 77 de l'ordonnance de 1735 faisait jadis exception à cette règle générale au profit du partage d'ascendant. Par son article 1706, le Code civil l'a ramené sur ce point au droit commun. On l'a regretté, non sans raison peut-être, car c'est un obstacle insurmontable au partage par acte de dernière volonté des biens communs entre époux, puisqu'ils ne peuvent connaître les biens qui formeront plus tard leur lot. Cependant les mêmes motifs qui ont fait établir la prohibition des testaments conjonctifs militent ici encore contre l'exception établie jadis en faveur des partages d'ascendants : car, ou chacun des ascendants eût conservé la faculté de révoquer son testament après la mort de l'autre, et alors le sort du partage tout entier et par conséquent des dispositions de son conjoint eût dépendu de sa seule volonté ; ou, comme autrefois, cette faculté n'eût pu être exercée que du consentement des deux époux, et alors que serait devenu le caractère essentiel des actes de dernière volonté, la révocabilité ?

L'ascendant, comme nous l'avons déjà fait remarquer, n'est pas forcé de comprendre tout son patrimoine dans son partage. S'il n'y a compris que quelques-uns de ses

(1) Genty, p. 117; *Contra* Réquier, n° 42.

biens, il pourra distribuer les autres au moyen d'autres partages subséquents. Mais peut-il faire un seul et même partage par plusieurs actes séparés, attribuer à chacun de ses descendants son lot par une donation ou un testament distinct? Le partage, en effet, est une opération collective dont les diverses dispositions se tiennent les unes les autres et ne peuvent avoir d'existence qu'à la condition d'être unies par les liens d'une commune dépendance et d'une subordination réciproque. Ce lien existera très-bien lorsque les divers apportionnements seront contenus dans plusieurs actes testamentaires, puisque ils produisent tous leur effet en même temps, au moment du décès du testateur, absolument comme s'il n'y avait qu'un seul testament. Dans le partage entre-vifs l'acceptation des descendants doit porter sur l'opération tout entière, sur chacun des lots en particulier, puisque le consentement d'un copartagé ne peut être sollicité et déterminé que par la comparaison de son lot avec celui des autres, qui seule lui permet d'apprécier si oui ou non il est de son intérêt d'y acquiescer. Il faudra donc, pour la validité d'un partage entre-vifs opéré par plusieurs actes distincts et séparés, que les nouveaux donataires reçoivent connaissance des libéralités faites aux anciens à titre de lotissement, et que ceux-ci, d'autre part, intervenant au moment de chaque donation postérieure, y donnent leur consentement ⁽¹⁾.

Dans le projet primitif du Code, il y avait une autre condition de validité des partages d'ascendants. « Le partage

(1) Cass., 4 déc. 1839, Sir., 40, 1, 43; Limoges, 8 mars 1843, Sir., 43, 2, 82; Montpellier, 27 juillet 1869, Sir., 70, 2, 174; Bordeaux, 8 mars 1870, Sir., 70, 2, 173; Genty, p. 165 et 166; Bonnet, I, 355 et 356; Demol., t. VI, n° 40; Aubry et Rau, § 729.

sera encore nul, disait l'article 56, si les père et mère, ou autres ascendants, ont fait, à titre de préciput, une disposition, soit entre-vifs, soit par testament, au profit d'un ou de plusieurs de leurs enfants ou descendants (1). » Cette prohibition fut justement écartée et nous ne pouvons mieux faire pour en apprécier le rejet que de citer les paroles si vraies et si raisonnables de M. Bigot-Préame-neu. « Il eût été injuste, dit-il, et même contraire au but que l'on se proposait, de refuser au père, qui, lors du partage entre ses enfants, pouvait disposer librement d'une partie de ses biens, l'exercice de cette faculté dans le partage même; c'est ainsi qu'il peut éviter les démembrements, conserver à l'un de ses enfants l'habitation qui pourra continuer d'être l'asile commun, réparer les inégalités naturelles ou accidentelles; en un mot, c'est dans l'acte de partage qu'il pourra le mieux combiner, et en même temps réaliser la répartition la plus équitable et la plus propre à rendre heureux chacun de ses enfants (2). »

27. — L'acte qui comprend le partage peut donc contenir en même temps toute autre disposition qu'il plaira à l'ascendant d'y introduire. Elle contient souvent une disposition préciputaire. La disposition par préciput doit être faite en termes exprès (art. 843 et 844). Il n'est cependant pas nécessaire qu'elle reproduise les termes de l'article 843 : ils ne sont pas sacramentels. La dispense de rapport résulte assez clairement du fait que la libéralité individuelle se trouve contenue dans le même acte

(1) Fenet, t. XII, p. 409.

(2) Fenet, t. XII, p. 657.

que le partage, à moins que des circonstances particulières ne viennent dénoter une intention contraire du disposant ⁽¹⁾. Mais il serait impossible de voir dans le partage lui-même un titre suffisant pour conférer à chacun des enfants un avantage préciputaire. On ne pourrait donc pas se fonder sur ce motif pour écarter la demande en rescision du partage fondée sur ce que l'avantage reçu par l'un des copartagés dans le partage établit au préjudice d'un autre une lésion de plus du quart. Il est vrai que toutes les attributions à titre de partage sont dispensées du rapport, puisque le rapport n'est qu'un incident du partage; mais elles ne sont pas pour cela des attributions préciputaires, car l'ascendant a voulu faire un acte essentiellement d'égalité, opérer lui-même la répartition de ses biens telle qu'elle aurait eu lieu à l'amiable ou judiciairement entre ses enfants au moment de son décès. Il y a donc présomption dans ce cas que l'inégalité des parts est une erreur d'estimation de sa part, parce que d'abord il a déclaré faire un partage, et qu'ensuite la clause de préciput ne peut résulter que d'une volonté claire et manifeste (art. 913, 843). Si l'ascendant veut vraiment avantager l'un de ses enfants, qu'il ait le courage de le dire, et qu'il n'aille pas déguiser sa libéralité sous le faux nom de partage.

L'expression de la volonté de l'ascendant de donner par préciput aux avantagés tout ce qui excéderait leur part normale dans le partage doit être respectée. Sans doute la loi ne permet pas les clauses dont le but est d'assurer l'impunité de la lésion (art. 884, 887). Mais

(1) Caen, 2 déc. 1847, Sir., 49, 2, 193; Aubry et Rau, § 632, texte et note 12; Demol., *Successions*, t. IV, n° 248.

ici la disposition de l'ascendant n'est pas une clause du partage : c'est une simple donation ou un legs régulier qui limite la masse partageable à un chiffre qui ne permet plus à la lésion de subsister.

Remarquons que l'ascendant doit avoir soin d'accentuer son intention avec la plus grande netteté, car s'il s'est contenté de formuler une clause réciproque de dispense de rapport dans son acte même de partage, cette clause peut être interprétée de deux manières : on peut y voir ou la simple énonciation du caractère même du partage, ou la volonté de faire concurremment avec le partage une disposition précipitaire.

On peut citer encore comme exemple d'énonciation insuffisante la déclaration que l'on entend disposer *à titre de partage, et, en tant que besoin, par préciput*⁽¹⁾, ou la simple adjonction après la composition de chaque lot des mots *pour part et hors part*⁽²⁾. La solution de ces difficultés est d'ailleurs surtout une question d'interprétation.

C'est pourquoi lors même qu'on croira reconnaître, dans les termes de l'acte de partage, la volonté d'avantager un des copartagés, on ne devra pas, en général du moins, y voir une clause de préciput proprement dit. « Il est probable, dit M. Genty, qu'en s'exprimant dans les termes que nous venons de rapporter ou autres analogues, l'ascendant ne songeait qu'aux héritiers entre lesquels il faisait son partage. La clause de préciput ne pourrait donc, tout au plus, s'appliquer que dans les

(1) Genty, p. 183, 184 ; Demol., t. VI, n° 45 ; Aubry et Rau, § 728 ; Comp. Req. rej., 19 nov. 1867, Sir., 67, 1, 446.

(2) Demol., n° 46 ; Aubry et Rau, § 728 ; Comp. Duvergier sur Toullier, t. III, n° 812, note a.

rapports respectifs de ces derniers, et mettre simplement le partage à l'abri de l'action en rescision pour lésion. Mais ce serait lui faire produire des effets auxquels ne songeait pas l'ascendant, que de l'appliquer à l'égard d'un nouvel héritier. Celui-ci aurait donc le droit, en provoquant un nouveau partage, conformément à la disposition de l'article 1078, de faire rapporter tout ce qui a été compris dans le premier ⁽¹⁾. »

A la différence aussi de la disposition précipitaire ordinaire, cette libéralité, faite accessoirement au partage et indirectement, est liée au sort du partage et ne saurait par conséquent subsister si celui-ci venait à être annulé ⁽²⁾.

28. — Il est inutile de faire remarquer que l'acte qui contient le partage comprend valablement aussi toutes les dispositions que l'on peut insérer dans un acte de donation ou un testament.

(1) Genty, p. 185.

(2) Demol., t. VI, n° 47.

SECTION II.

Des modalités qui peuvent accompagner le partage d'ascendant.

SOMMAIRE.

- 29. — Le partage d'ascendant comporte les mêmes modalités que la donation et le testament.
- 30. — Du terme dans le partage d'ascendant.
- 31. — De la condition.
- 32. — De la réserve d'un usufruit ou d'une rente viagère.
- 33. — De la clause pénale.

29. — Le partage d'ascendant comporte toutes les modalités que sont susceptibles de recevoir les donations entre-vifs ou les testaments. Il peut être fait purement et simplement, à terme, sous une condition suspensive ou résolutoire, sous telles charges qu'il plaira à l'ascendant d'y insérer, ou bien enfin avec l'adjonction d'une clause pénale.

30. — Le terme apposé dans un partage entre-vifs en retarde l'exécution. Aussi sera-t-il utilement employé lorsque parmi les copartagés figurera une fille non mariée ou un fils dans l'âge et l'entraînement des passions, dont le père aurait à redouter l'inhabile ou folle administration. Dans un partage testamentaire, le terme équivaldrait à la prohibition du testateur de partager sa succession pendant un certain laps de temps. Cette der-

nière clause est-elle valable? Oui, si l'on admet que le testateur peut imposer à ses héritiers l'obligation de rester dans l'indivision pendant une période de cinq ans. Non, si l'on croit que cette obligation ne peut résulter que d'une convention entre les communistes (art. 815) ⁽¹⁾.

Devrait-on voir une véritable donation-partage dans l'acte par lequel l'ascendant, déclarant distribuer ses biens entre ses enfants, se constituerait débiteur envers quelques-uns ou envers tous de sommes payables à sa mort? Cet acte vaudrait assurément comme libéralité, car la donation consistant dans une somme payable au décès du donateur est certainement valable. Mais la Cour de cassation a refusé dans deux arrêts de lui appliquer la réduction fiscale de la loi de 1824 ⁽²⁾. Elle ne voit pas une distribution des biens de l'ascendant selon l'esprit des articles 1075 et 1076 dans la donation de ces sommes qui n'existent qu'en partie ou peut-être même pas du tout dans la composition actuelle de son patrimoine.

31. — Le partage d'ascendant fait sous une condition suspensive ne prendra naissance que si celle-ci vient à se réaliser. Si donc la condition était apposée à un partage testamentaire, on devrait procéder au partage ordinaire de la succession *ab intestat* en attendant sa réali-

(1) Pour l'affirmative : Demol., *Successions*, t. III, n° 511; Aubry et Rau, t. VI, § 622; Delvincourt, t. II, p. 43, note 5; Duranton, t. VII, n° 80; Cass., 20 janvier 1836, Sir., 36, 1, 83; Bordeaux, 20 avril 1831, D. 31, 2, 144; Aix, 10 mai 1841, D. 41, 2, 478. — Pour la négative : Merlin, V° *Partage*, § 1; Marcadé, art. 815, n° 1; Demante, t. III, n° 139 *bis*, II; Toulhier, t. III, p. 376.

(2) Cass., 5 avril 1852, D. 52, 1, 108; Cass., 10 déc. 1855, D. 57, 1, 164.

sation, lors du moins qu'elle pourrait nécessiter l'écoulement d'un certain laps de temps.

La condition résolutoire n'empêche pas le partage d'avoir lieu immédiatement. Si elle se réalise, elle l'anéantit seulement. La plus fréquente est la clause de retour à l'ascendant en cas de prédécès des donataires.

La condition impossible, illicite ou immorale devra être effacée et le partage produira toute suite tous ses effets (art. 900).

32. — Très-souvent l'ascendant retient l'usufruit des biens qu'il distribue, ou stipule une rente viagère dans sa donation. C'est agir sagement, lors, du moins, qu'il abandonne la totalité ou la plus grande partie de ses biens.

Il arrive aussi assez fréquemment que deux époux en faisant conjointement la distribution de leurs biens s'en réservent l'usufruit total ou partiel et en stipulent la réversibilité sur la tête du survivant. Cette cause de réversibilité, nulle comme donation mutuelle, doit être réputée non écrite. Elle laisse subsister dans ses autres dispositions la donation-partage, car la condition illicite est simplement effacée dans la donation et ne saurait porter aucune atteinte à sa validité ⁽¹⁾. Quelques arrêts cependant ont validé la clause elle-même en n'y voyant qu'une simple charge de la donation ⁽²⁾, tandis qu'à l'inverse un arrêt de la cour d'Amiens a annulé le partage contenant une clause de réversibilité d'usufruit au profit du sur-

(1) Cass., 19 janv. 1881, Sir., 81, 1, 108; Cass., 26 mars 1855, Sir., 55, 1, 61.

(2) Poitiers, 10 juin 1851 et 20 fév. 1861, Sir., 61, 2, 465; Nîmes, 16 déc. 1865, Sir., 66, 2, 216.

vivant ⁽¹⁾. M. Réquier justifie et adopte cette dernière décision par la raison que l'annulation de la clause seulement amènerait l'inégalité dans le partage, puisqu'au décès du prémourant des époux, les biens du survivant resteraient seuls grevés d'usufruit, et que, presque toujours, dans le partage conjonctif, les biens paternels et les biens maternels ne se trouvent pas répartis en égale quantité dans chaque lot ⁽²⁾.

La réserve d'usufruit est moins fréquente que la stipulation d'une rente viagère, car généralement l'ascendant est heureux, en faisant l'abandon de ses biens, de se soustraire à l'administration fatigante et ennuyeuse de son patrimoine.

M. Duranton a été conduit par la fréquence de ces stipulations, et aussi par le danger auquel s'exposerait l'ascendant en se mettant à la complète discrétion de ses enfants, à dire que, par une interprétation naturelle de sa volonté ainsi que de celle de ses enfants, on pourrait voir dans la circonstance qu'il aurait distribué tout ou presque tout son patrimoine l'intention tacite de se réserver la jouissance des biens donnés ⁽³⁾. Nous ne pouvons nous ranger à cette opinion. Cette réserve tacite d'usufruit ne fut jamais admise dans l'ancien droit où pourtant la démission emportait l'abandon de l'universalité des biens. Elle serait, du reste, presque toujours contraire à l'intention de l'ascendant qui porte ancrée au fond de son cœur la croyance aux sentiments d'amour et de reconnaissance de ses descendants.

(1) Amiens, 10 nov. 1853, S. 53, 2, 690.

(2) Réquier, n° 137; Bonnet, I, 401.

(3) Duranton, t. IX, n° 627.

Les charges se rencontrent plus rarement dans le partage testamentaire. Il n'est pas rare toutefois d'y trouver la stipulation d'une rente viagère au profit d'un tiers, principalement du conjoint survivant.

33. — Pour assurer l'exécution de son partage l'ascendant déclare assez souvent, dans l'acte qui le contient, priver celui qui l'attaquerait de sa part dans la quotité disponible et attribuer cette part par préciput à ses autres enfants. Le but de cette clause peut être double.

L'ascendant a voulu par là prévenir les récriminations et les procès que pourraient soulever contre sa distribution régulière et équitable les susceptibilités ou les jalousies plus ou moins bien fondées de ses descendants. Oh alors, son résultat est vraiment excellent et conforme au but même du partage d'ascendant; et personne n'hésite à la valider. Que l'enfant qui se plaint sans motif supporte les conséquences de sa témérité et encoure la clause pénale, c'est de toute justice.

Mais l'ascendant a pu recourir à cette clause, comme à un remède infailible, pour préserver de la nullité un partage qu'il avait créé non viable. Ce remède sera-t-il efficace? C'est ici que l'on discute.

Non, a-t-on prétendu : la clause pénale est nulle, elle n'atteindra pas l'enfant qui aura réussi à faire annuler le partage. La logique d'abord l'exige. Lorsque la loi, en effet, refuse toute autorité à une disposition quelconque, pourrait-elle, sans inconséquence, valider les moyens par lesquels le disposant chercherait à en assurer l'exécution? Ce serait autoriser les tentatives de l'ascendant pour soustraire son partage à l'application de la loi. Du reste, le texte même de la loi est là. L'article

1227 ne dit-il pas que la clause pénale n'est valable et obligatoire qu'autant que la disposition principale l'est elle-même (1). Si l'on croit que la clause pénale dans un partage d'ascendant est plutôt régie par l'article 900, qui déclare non écrites les conditions contraires à la loi, la solution est exactement la même : elle sera nulle dans le cas où elle serait adjointe à un partage entaché de nullité (2).

Une autre opinion, diamétralement opposée, absolue aussi dans ses déductions, valide toujours la clause pénale, comme ne constituant qu'un droit d'option valable pour le descendant. L'ascendant lui laisse le choix d'accepter le partage vicieux ou d'être réduit à sa réserve, ce dont il a assurément le droit.

La jurisprudence est fixée actuellement sur ce point; elle fait une distinction que nous croyons logique et équitable. C'est, croyons-nous, l'article 900, relatif aux dispositions à titre gratuit, qui régit la matière. Or, il n'annule que les conditions attentatoires à des lois auxquelles l'ordre public ne permet pas de déroger (art. 6). L'article 1227 même, fût-il du ressort de ce sujet, la conclusion ne changerait pas, puisqu'il suppose une obligation principale entachée d'une nullité telle qu'elle n'a pas d'existence aux yeux de la loi. Donc ces deux articles sont inapplicables lorsque l'intérêt particulier de l'enfant seulement motive sa demande en rescision. Notre ancienne jurisprudence n'éprouvait aucune hésitation à ce sujet. « Une telle clause, quoique pénale, a toujours

(1) Genty, p. 179 et suiv.

(2) Merlin, *Répert.*, V° *Peine testamentaire*, ajout. Carette, Sir., 1864, 1, 265; Caen, 9 juin 1874, D. 76, 2, 33.

été reconnue valable parmi nous, » disait Valin (sur l'article 42 de la coutume de La Rochelle).

La clause pénale ne cessera donc d'être valable que lorsqu'elle aura pour but de couvrir la nullité d'ordre public inhérente à un partage d'ascendant.

Et cette doctrine n'est pas spéciale à la clause pénale insérée dans un partage d'ascendant. Elle se rattache à cette thèse générale : le disposant peut-il valablement imposer à ses héritiers l'obligation de ne pas attaquer ses dispositions sous peine de se voir priver de leur part dans la quotité disponible (1)?

Le seul point difficile est de déterminer quelles sont les nullités d'ordre public qui peuvent atteindre le partage d'ascendant. Il appartient aux magistrats de le décider suivant les différentes espèces.

Seront certainement nulles, d'abord, les clauses dont l'objet serait de faire maintenir un partage entaché de suggestion, de captation, de vices de formes : toutes nullités reconnues ouvertement comme d'ordre public (2). Elles seraient nulles, disons-nous, si la nullité était déclarée fondée; mais elles frapperaient l'imprudent demandeur (3).

Si l'ascendant avait édicté une clause pénale pour couvrir une atteinte à la réserve de quelques-uns de ses descendants, le demandeur qui ferait rescinder le partage

(1) Aubry et Rau, § 692; Demol., t. VI, n° 62.

(2) Req. rej., 14 décembre 1825, Sir., 26, 1, 186; Civ. rej., 30 juillet 1827, Sir., 28, 1, 36; Req. rej., 24 mai 1837, Sir., 37, 1, 817; Req. rej., 27 mars 1855, Sir., 55, 1, 702; Civ. rej., 24 décembre 1857, Sir., 58, 1, 173.

(3) Civ. rej., 22 décembre 1845, Sir., 46, 1, 5; Civ. rej., 18 janvier 1858, Sir., 58, 1, 177; Req. rej., 9 janvier 1872, Sir., 72, 1, 107.

n'en encourrait pas l'application (1). Le rejet de sa demande la lui fera encourir, au contraire, car l'ascendant ne s'est proposé qu'un but très-licite, celui de sauvegarder ses dispositions des attaques injustes des copartagés. En pareil cas donc, l'héritier doit opter à ses risques et périls pour ou contre l'exécution du partage, sans pouvoir au préalable provoquer des mesures d'instruction à l'effet de vérifier si sa réserve est oui ou non entamée (2).

La clause pénale insérée pour assurer l'exécution d'un partage d'ascendant dont les dispositions ne contiendraient rien de contraire à l'ordre public frapperait inévitablement l'enfant qui attaquerait le partage, qu'il en obtînt ou non la rescision. C'est ce qui arriverait au cas où elle aurait été mise pour assurer le maintien d'un partage fait en contravention des règles des articles 826 et 832 (3). Telle serait aussi la clause ajoutée à un partage susceptible de rescision pour lésion de plus du quart. Dans cette dernière hypothèse toutefois le copartagé échapperait à la peine édictée par l'ascendant s'il pouvait démontrer que la répartition de celui-ci portait en même temps atteinte à son droit de réservataire. C'est la solution que donnait déjà Boucheul dans l'ancien droit (*Cout. de Poitou*, art. 219, n° 41). Citons encore le cas

(1) Cass., 9 décembre 1862, D. 63, 1, 36; Cass., 14 mars 1866, D. 66, 1, 173; Cass., 22 juillet 1874, D. 75, 1, 453; Paris, 9 mars 1877, D. 78, 2, 34. V. Observat. de M. Carette, Sir., 1864, 1, 265; Aubry et Rau, § 692; Réquier, n° 78; Comp. Demol., n° 64.

(2) Req. rej., 30 mai 1866, Sir., 67, 1, 434.

(3) Req. rej., 1^{er} mars 1830, Sir., 30, 1, 82; Req. rej., 1^{er} mars 1834, Sir., 34, 1, 100; Req. rej., 5 juillet 1847, Sir., 47, 1, 839; Civ. Cass., 10 juillet 1849, Sir., 49, 1, 547; Civ. rej., 2 août 1869, Sir., 70, 1, 132; Civ. rej., 15 février 1870, Sir., 70, 1, 260.

où l'époux survivant, comprenant dans un même partage son patrimoine et celui de son conjoint prédécédé, déclarerait réduire à sa réserve sur ses propres biens l'enfant qui ne s'y soumettrait pas ⁽¹⁾.

SECTION III.

Capacité pour faire un partage d'ascendant.

SOMMAIRE.

34. — Capacité nécessaire pour faire un partage d'ascendant.

35. — Par acte entre-vifs.

36. — Par testament.

34. — Il résulte des termes de l'article 1076 que la capacité de l'ascendant et celle des descendants sont déterminées par les règles de droit commun des donations et des testaments. Cette proposition, qui semble si simple, n'est cependant pas exempte de difficulté dans toutes ses applications. Occupons-nous d'abord de la capacité de l'ascendant : nous nous occuperons dans la section suivante de celle des descendants.

Nous avons vu plus haut que cette faculté était réservée aux seuls ascendants : nous n'y reviendrons pas.

En général, toute personne qui n'a pas été condamnée à une peine afflictive perpétuelle peut opérer la distribution de ses biens entre ses enfants par donation ou par

(1) Req. rej., 1^{er} mars 1830, Sir., 30, 1, 82; Req. rej., 1^{er} mars 1831, Sir., 31, 1, 100.

testament (art. 3 de la loi du 31 mai 1854). Cela n'est pas cependant complètement exact.

35. — Pourront faire un partage entre-vifs :

La femme mariée avec l'autorisation de son mari ou de justice (art. 217, 219).

Le prodigue assisté de son conseil (art. 499, 513);

La personne placée dans un établissement d'aliénés, pendant un intervalle lucide (art. 39, loi 30 juin 1838);

L'interdit judiciaire, du moins dans la théorie équitable et attrayante de ceux qui lui permettent de faire dans un intervalle lucide tous les actes pour lesquels il ne peut être représenté (1). En tous cas, un partage de ses biens pourrait être fait par le conseil de famille de ses enfants s'il s'agissait de leur établissement (art. 511).

L'étranger peut partager ses biens entre ses enfants; car nous ne voyons pas dans cette faculté un attribut de la puissance paternelle, (autrement cette faculté étant du statut personnel n'appartiendrait qu'aux nationaux,) mais un mode d'exercice du droit général qui appartient à toute personne de disposer à titre gratuit entre ses descendants. Or, sur ce terrain, la loi du 14 juillet 1819 a mis l'étranger sur le même pied que le Français.

36. — La loi est plus facile pour la capacité de faire un partage testamentaire, puisqu'elle n'exige de l'ascendant que la capacité de tester.

La femme mariée et le prodigue n'auront donc besoin ni d'autorisation, ni d'assistance (art. 226, 513).

(1) Merlin, *Répert.* V° *Testament*; Demol., *Donat.*, t. I, n° 371; t. VI, n° 23; Valette; *contra* Genty, p. 120; Réquier, n° 41.

Le mineur de plus de seize ans pourra faire un partage testamentaire (art. 904). La plupart des auteurs lui permettent même de faire ainsi la distribution de tout son patrimoine. L'article 904, disent-ils, ne limite que la faculté de disposer en rendant indisponible la moitié du patrimoine du mineur; or, justement les articles 1075 et suivants permettent à l'ascendant de distribuer même sa quotité indisponible. Du reste, ajoutent-ils, la restriction de l'article 904 n'est portée que dans l'intérêt de la famille du mineur : son but est d'empêcher celui-ci de frustrer ses légitimes espérances par des actes de dernière volonté; cette restriction serait donc ici sans objet, puisqu'il ne peut faire son partage qu'entre ses enfants; elle serait même préjudiciable à ces derniers en enlevant à leur père le droit de leur éviter les frais d'un partage judiciaire (1). Cette opinion nous paraît contraire au texte de l'article 1076 et à la nature de la prohibition de l'article 904 qui restreint la capacité du mineur. De plus, il n'est pas exact de dire que les intérêts de la famille ne peuvent avoir rien à redouter des opérations du partage; elles peuvent très-bien préjudicier à quelques-uns des enfants et entamer même leur réserve sans qu'ils aient le droit de se plaindre (2).

(1) Genty, p. 120; Réquier, n° 44; Demol., t. VI, n° 22; Aubry et Rau, § 729, texte et note 3. Bien entendu, ces auteurs n'admettent pas que les avantages faits à l'un ou à plusieurs des enfants puissent excéder la quotité de biens fixée par l'article 904.

(2) Lyon-Caen, *Th. de doct.*, p. 185; Bonnet, I, 150; Bertauld, *Revue critique*, XXX, p. 387. La restriction de l'article 904 est une question de capacité : car, d'une part, elle est inscrite au chapitre qui règle la capacité de disposer, et, d'autre part, elle existe même au profit du conjoint et de l'État.

SECTION IV.

Capacité pour être compris dans un partage d'ascendant.

SOMMAIRE.

- 37. — Renvoi.
- 38. — Capacité pour être compris dans le partage entre-vifs.
- 39. — Capacité pour l'être dans le partage testamentaire.

37. — Nous ne nous occuperons pas ici des personnes qui doivent être comprises dans le partage : ce sujet sera traité au chapitre *des nullités*; mais seulement de la capacité nécessaire pour y être compris.

38. — Pour être compris dans une donation-partage, il suffit d'être conçu au moment de sa confection (art. 906). Toutefois, l'enfant condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut y figurer (art. 3, loi 31 mai 1854). Le partage entre-vifs serait donc impossible dans cette occasion.

Si les copartagés ont l'exercice de leurs droits, ils pourront accepter la donation-partage, soit par eux-mêmes, soit par un mandataire muni d'une procuration authentique (art. 933).

S'ils ne l'ont pas, ils sont représentés, assistés ou habilités suivant les règles ordinaires prescrites pour l'acceptation d'une donation. C'est ainsi que l'autorisation du mari ou de justice est nécessaire à la femme mariée (art. 934), et l'assistance du curateur à l'émancipé (art. 935).

Le prodigue peut accepter sans l'assistance de son conseil, puisque la loi lui laisse pleine capacité pour accepter une donation (art. 499, 513).

L'administrateur provisoire acceptera pour l'enfant placé dans un établissement d'aliénés, en vertu des articles 32 et 36 de la loi du 30 juin 1838 (1).

Qui acceptera au nom de l'enfant apportionné dans un partage d'ascendant (2)? En cas de simple présomption d'absence, l'ascendant pourrait provoquer la nomination d'un mandataire spécial ou d'un curateur, qui accepterait le partage pour l'absent (art. 112); le tribunal ne serait même pas forcé de désigner un notaire comme dans l'hypothèse d'une succession (art. 113), car les formalités des partages des successions sont inapplicables ici.

Si l'absence était déclarée, rien ne s'opposerait, croyons-nous, à ce que l'acceptation fût faite par les envoyés en possession ou le conjoint administrateur légal (art. 134) (3).

L'interdit est représenté par son tuteur autorisé par le conseil de famille (art. 935).

De même le mineur non émancipé. Mais un ascendant quelconque pourrait remplacer le tuteur et accepter au nom du mineur sans avoir besoin d'aucune autorisation (art. 935) (4). Le pourrait-il alors même que le

(1) Genty, p. 123; Rêq., n° 50; Demol., t. VI, n° 34.

(2) L'ascendant, qui veut distribuer ses biens entre ses enfants, agira prudemment en comprenant dans sa répartition son fils absent, car son retour annulerait le partage où il n'aurait pas été compris.

(3) Genty, p. 124.

(4) Cette faveur ne peut pas malheureusement être étendue au cas de l'interdiction judiciaire : ce serait aller contre le texte précis de la loi.

donateur aurait imposé certaines obligations à l'enfant, telles que le paiement d'une soulte ou d'une rente viagère? C'est la question qui se discute à propos de l'article 935 : l'ascendant peut-il accepter seul au nom d'un descendant mineur une donation à laquelle se trouve jointe une obligation dont le résultat est seulement de diminuer la libéralité? Pour ceux qui, comme nous, lui donnent ce pouvoir, il n'y a évidemment aucune difficulté à lui permettre d'accepter les différentes charges et combinaisons qui sont l'accompagnement ordinaire, souvent même nécessaire, d'un partage (1). Ainsi donc dans le partage opéré par le père et la mère chacun d'eux pourra accepter les dispositions de l'autre au nom de ses enfants, pourvu cependant, croyons-nous, que la confusion des biens paternels et des biens maternels en une seule masse avant le partage n'ait pas fait de cette double donation un acte unique et indivisible, car alors la distribution de l'un des conjoints ne saurait plus former l'objet d'une disposition et d'une acceptation distinctes. Nous ne pensons pas, en effet, que l'ascendant donateur puisse représenter son enfant dans sa propre donation et l'accepter en son nom : un contrat suppose l'accord de deux volontés; et ici il n'y en aurait qu'une. Il ne peut remplir les deux rôles à la fois. Par la même raison, si l'ascendant donateur était le tuteur ou le curateur du gratifié, l'acceptation serait faite soit par un autre ascendant, soit par son curateur *ad hoc* ou le subrogé-tuteur.

Dans tous les cas, il n'y aura jamais lieu de recourir aux formalités auxquelles la loi soumet la confection du partage d'une succession lorsqu'il se trouve un inca-

(1) Demol., n° 38.

pable parmi les héritiers : les formes prescrites pour l'acceptation d'une donation suffisent (art. 1076) ⁽¹⁾. Cette exemption de formalités et de frais constitue même l'un des plus grands avantages du partage d'ascendant et l'une des causes les plus fréquentes de son emploi. Donc l'article 838, qui exige la nomination d'un tuteur spécial pour chaque mineur ou interdit pour le partage d'une succession, est inapplicable ici. C'est aussi pourquoi nous avons décidé que le tribunal peut désigner toute autre personne qu'un notaire pour accepter la donation-partage au nom du présumé absent.

Rappelons que le partage formant un tout indivisible doit être accepté dans son ensemble par tous les copartagés; et que jusque-là l'ascendant conserve le droit de se désister de sa donation et de reprendre ses biens.

39. — Passons à la capacité nécessaire pour être compris dans un partage testamentaire.

L'article 1076 semble bien, ici encore, exiger la capacité de recevoir par testament. Mais on ne prend pas, en général, son texte à la lettre. N'est-ce pas, en effet, surtout un acte de distribution que le partage testamentaire? Que fait l'ascendant, sinon remplir par avance l'office que remplirait le juge à sa mort? Ce n'est donc que le partage de la succession *ab intestat*. C'est elle que l'ascendant prend pour base de son opération. Son seul but est d'éviter les frais et les discussions entre ses héritiers. Il est vrai qu'il peut bien commettre quelques inégalités, mais tout partage ne peut-il pas en contenir?

(1) Besançon, 16 janv. 1846, Sir. 47, 2, 267; Req., 4 mai 1846, Sir., 46, 1, 465; Genty, p. 167; Demol., t. VI, n° 4; Réquier, n° 50.

Ce point de vue fut toujours celui de notre ancienne jurisprudence, qui ne voyait dans les descendants copartagés que des héritiers *ab intestat* : « Encore bien, disait Lebrun, que l'acte par lequel l'ascendant a fait le partage entre ses enfants fût un acte testamentaire, les coutumes ne laissant pas en ce cas de considérer les enfants comme héritiers *ab intestat* des parts et portions que leur père leur a léguées (1). » C'est l'opinion qui prévaut encore aujourd'hui (2).

Quel est l'intérêt de la question? Le voici. Le condamné à une peine afflictive perpétuelle est, aux termes de l'article 3 de la loi du 31 mai 1854, incapable de recevoir par donation ou par testament : il conserve ses droits comme héritier *ab intestat*. Notre solution lui permettra donc d'être compris dans un partage d'ascendant, et nous nous en applaudissons d'autant plus que sans cela l'ascendant, innocent, eût été privé du droit d'opérer lui-même dans cette hypothèse la distribution de ses biens; car celle qu'il aurait pu faire, serait tombée sous le coup de l'article 1078, qui prononce la nullité pour omission d'un descendant.

L'opinion contraire de M. Genty (3), qui écrivait avant la loi de 1854, n'avait aucun inconvénient pratique à cette époque, puisque les conséquences de la mort civile

(1) Lebrun, *Des successions*, liv. IV, chap. 1, n° 11.

(2) Réquier, nos 49 et 68; Bonnet, I, 190 et 191; Demol., t. VI, nos 30 et 30 bis; Aubry et Rau, § 729, texte et note 2; Lyon-Caen, *Th. de doct.*, p. 187.

(3) Genty, p. 121; Valette, *Explic. som.*, p. 24 et 25; Bertauld, *Revue crit.*, 1867, t. XXX, p. 387; Laurent, *Principes de droit civil*, t. XV, p. 60. M. Genty aurait restreint la généralité de son expression s'il avait écrit après la loi de 1854, croyons-nous, car plus loin (p. 197) il déclare que la succession reste légitime.

atteignaient aussi bien l'héritier légitime que le légataire. Elle en aurait, comme nous venons de le voir, un grand aujourd'hui. Outre l'argument de texte de l'article 1076, ses partisans s'appuient pour la soutenir sur les paroles mêmes de M. Riché, rapporteur de la loi de 1854, qui déclare que le condamné ne pourra profiter des legs qui lui seraient faits, pas même en vertu d'un partage d'ascendant. Malgré son autorité ce document ne doit pas nous arrêter, car le rapporteur paraît ne s'être pas formé une idée bien nette de la nature de la vocation des descendants copartagés par testament, en assimilant à un legs le lot reçu dans le partage testamentaire.

Mais il est bien évident qu'au cas où l'ascendant aurait fait, dans le testament qui contient le partage, une disposition par préciput au profit du condamné, celui-ci ne pourrait la réclamer, car il ne pourrait le faire qu'en la qualité de légataire que la loi lui interdit de prendre.

Les descendants n'ont pas à accepter le partage testamentaire de leur ascendant, puisqu'il n'est pas distinct de la succession légitime. Il est obligatoire pour eux. Le seul moyen d'y échapper serait de renoncer à la succession elle-même. Il n'y a donc pas lieu de déterminer ici, comme à propos de la donation-partage, quelle capacité la loi exige du copartagé pour accepter le partage.

Pour recevoir par succession ou par testament il faut être conçu au moment de la mort du *de cuius* (art. 725, 906). Du reste, une raison étrangère à la capacité exige ici que les descendants apportonnés dans le testament-partage soient conçus au moment de la mort de l'ascendant: c'est que, sans cela, ils ne seraient pas héritiers et par suite n'auraient pas qualité pour prendre part au partage.

SECTION V.

Des biens qui peuvent être compris dans le partage d'ascendant.

SOMMAIRE.

- 40. — L'ascendant peut partager la réserve et la quotité disponible.
- 41. — Il peut comprendre dans son partage tous les biens qui pourraient faire l'objet d'une donation ou d'un legs.
- 42. — Il doit avoir la libre disposition de ces biens.
- 43. — Peut-il y comprendre des biens antérieurement donnés ?
- 44. — L'ascendant qui a fait une donation de biens à venir peut-il encore partager ses biens ?
- 45. — *Quid* s'il n'a fait qu'une promesse d'égalité ?
- 46. — L'indivision où se trouverait l'ascendant n'est pas un obstacle insurmontable à son partage.
- 47. — Peut-il comprendre dans son partage les biens de la communauté ?
- 48. — Deux époux peuvent-ils faire un partage conjonctif ?
- 49. — Le peuvent-ils quand ils ont des enfants de différents lits ?
- 50. — L'ascendant peut-il comprendre dans son partage les biens de son conjoint prédécédé ?
- 51. — La clause de réversibilité d'usufruit dans un partage conjonctif est-elle valable ?
- 52. — L'ascendant n'est pas forcé de partager tous ses biens.

40. — L'ascendant peut comprendre dans son partage et la réserve et la quotité disponible. Cela résulte de l'article 1075 qui ne fait aucune distinction entre ses différents biens. C'est cette faculté qui fait du partage d'ascendant une véritable institution spéciale et privilégiée. La réserve a d'ailleurs pour but de protéger les

enfants contre les libéralités excessives que pourraient faire leur auteur à leur préjudice : et justement l'ascendant doit les comprendre tous dans son partage et répartir entre eux son patrimoine conformément à leurs droits héréditaires.

41. — A part ce privilège, l'ascendant peut comprendre dans son partage tous les biens dont il peut disposer à titre gratuit, soit par donation, soit par testament, et il ne peut distribuer que ceux-là (art. 1076).

« Les partages faits entre-vifs, ajoute l'article 1076, ne pourront avoir pour objet que des biens présents. » Ce n'est que l'application de la règle générale de l'article 943 conçu en ces termes : « La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard. » L'article 1076, qui assujettit la donation-partage aux règles de la donation ordinaire eût donc très-bien pu ne pas indiquer cette conséquence : on l'aurait tout de même appliquée. Aussi quelques jurisconsultes, voulant éviter au Code le reproche d'une redondance, voient dans la disposition finale de l'article 1076 une règle différente de celle de l'article 943. Ce dernier article, disent-ils, annule seulement dans la donation la libéralité qui porte sur des biens à venir, tandis que l'article 1076 ne fait pas cette distinction, il annule le partage d'ascendant tout entier quand il contient une disposition relative à un bien futur : « Les partages faits entre-vifs ne pourront avoir pour objet que des biens présents (1). » Nous ne croyons pas devoir

(1) Genty, p. 433; Demol., t. VI, n° 67; Bonnet, I, 225 et 226.

admettre cette solution. L'article 1076 n'est pas le seul dans le Code qui reproduise une règle générale précédemment posée. Cette reproduction peut, du reste, s'expliquer assez facilement ici : le législateur a craint qu'on ne pensât, par analogie avec ce qui se passe dans l'institution contractuelle, que l'ascendant fût libre de distribuer dans son partage anticipé tous les biens qui devaient composer un jour sa succession. Il est bien évident toutefois que si l'économie du partage entier se trouvait bouleversée par suite de la nullité des dispositions relatives à des biens à venir, les descendants auraient le droit de demander un nouveau partage. Dans tout autre cas l'égalité sera rétablie, s'il y a lieu, au moyen de l'action en garantie : il y a, en effet, grande analogie entre cette hypothèse et celle d'une éviction ⁽¹⁾.

Rien ne s'oppose à ce que le partage testamentaire comprenne des biens futurs. La répartition seulement ne pourra en être faite que par quotité puisque leur identité ne peut être déjà sûrement connue.

42. — L'ascendant, avons-nous dit, doit avoir la libre disposition des choses qu'il entend partager.

Aussi la femme mariée sous le régime dotal ne peut-elle pas opérer le partage entre-vifs de ses biens inaliénables; sauf cependant dans l'hypothèse des articles 1555 et 1556, c'est-à-dire pour l'établissement de tous les copartagés ⁽²⁾. S'il ne s'agissait que de l'établissement d'un seul de ses enfants, la voie du partage lui serait

(1) Réquier, n° 124; Aubry et Rau, § 731, texte et note 14; Lyon-Caen, *Th. de doct.*, n° 84.

(2) Agen, 10 juillet 1850, Sir., 50, 2, 338; Rouen, 14 mars 1864, Sir., 64, 2, 393; Req. rej., 15 avril 1864, Sir., 64, 1, 174.

fermée : elle devrait se contenter de la simple donation. La donation-partage, faite dans cette dernière circonstance, vaudrait comme donation à l'égard de l'enfant qui s'établit; elle serait complètement nulle quant aux autres (1). C'est là un des plus grands inconvénients de l'inaliénabilité dotale. Aussi, dans l'enquête agricole de 1867 (2) on avait demandé qu'on autorisât à comprendre les biens dotaux dans le partage d'ascendant : ce ne serait pas, disait-on, une véritable atteinte au principe de l'inaliénabilité dotale qui n'est établie que dans l'intérêt et pour la protection des enfants. Malgré ces bonnes raisons, la proposition n'aboutit pas.

Mais les biens dotaux pourront parfaitement faire l'objet d'un partage testamentaire, puisqu'au moment de la mort de la femme ils reprennent leur liberté.

43. — L'ascendant qui a fait à quelques-uns de ses enfants une donation antérieure peut-il comprendre ensuite dans son partage les biens qu'il leur a donnés? Il faut distinguer selon que la donation a été faite par préciput ou en avancement d'hoirie.

Si la libéralité a eu lieu par préciput, l'ascendant ne peut évidemment pas les faire entrer dans un partage testamentaire, puisque le donataire en a acquis la propriété définitive et incommutable. Il n'en a pas davantage le pouvoir dans un partage entre-vifs; mais là le donataire, d'accord avec l'ascendant, pourrait consentir, pour faciliter la distribution ou pour tout autre motif, à remettre à la masse les objets qu'il a reçus et accepter

(1) Réquier, n° 132; Demol., t. VI, n° 73.

(2) *Enquête agricole* de 1867; *Documents généraux*, 1^{re} série, t. I, p. 445, et le rapport de M. Josseau.

en échange ceux qui lui sont attribués dans le partage. Ce rapport volontaire du donataire ne pourra, en aucun cas, bien entendu, préjudicier aux droits que les tiers auraient acquis de son chef sur les biens donnés ⁽¹⁾.

Il est loisible, au contraire, à l'ascendant de faire entrer dans la composition de ses lots les biens qu'il a donnés en avancement d'hoirie à l'un de ses descendants. Il ne fait, en effet, que régler par avance le partage de sa succession tel que ses héritiers l'eussent fait à sa mort. Et ceux-ci auraient été forcés alors de faire le rapport des objets qu'ils avaient reçus et de les comprendre dans le partage.

Et il n'y a aucune distinction à établir à ce sujet entre le cas où l'ascendant aurait distribué ses biens de son vivant et celui où il l'aurait fait par acte de dernière volonté ⁽²⁾. Quelques auteurs cependant ont voulu contester ce droit à l'ascendant dans cette dernière hypothèse en prétendant que ce serait une atteinte à l'irrévocabilité des donations; mais ils n'ont pas considéré que le testament-partage ne produit son effet qu'au décès de l'ascendant, c'est-à-dire au moment où les donations en avancement d'hoirie se trouvent résolues de plein droit et rentrent dans la masse commune par l'effet du rapport. Le donataire qui tiendrait à conserver le bien qu'il a reçu et que l'ascendant aurait placé dans un autre lot pourrait s'affranchir de l'obligation du rapport en renonçant à la succession : il retiendrait alors le bien

(1) Demol., t. VI, n° 76; Réquier, n° 130; Troplong, n° 2313.

(2) Req. rej., 9 juillet 1840, Sir., 40, 1, 805; Colmar, 3 avril 1865 et Paris, 1^{er} mai 1865, Sir., 66, 2, 183 et 184; Réquier, n° 181; Genty, p. 137; Demol., t. VI, n° 74; Bonnet, I, 277 et 278; Aubry et Rau, § 731.

dans les limites de la quotité disponible. Il aurait un autre moyen encore d'éviter l'obligation du rapport : ce serait d'aliéner le bien donné avant la mort du testateur : il serait en effet dispensé de le rapporter en nature lors même qu'il accepterait la succession (art. 860). Pour éviter ces résultats qui pourraient bouleverser l'économie de son partage, l'ascendant agira prudemment en conservant dans le lot même du donataire les objets qu'il lui a donnés en avancement d'hoirie.

Aucune controverse ne s'est élevée, au contraire, au sujet de la donation-partage; car là le consentement du donataire est nécessaire : il validerait donc par son acceptation l'attribution qui serait faite du bien qu'il a reçu à un autre enfant. Seulement les règles de l'article 865 ne seraient pas immédiatement applicables si l'ascendant avait ainsi placé dans un autre lot que celui du donataire le bien qu'il avait précédemment donné à celui-ci; les droits des tiers seraient sauvegardés : la résolution des droits réels consentis par l'ancien donataire n'opérerait qu'au décès de l'ascendant ⁽¹⁾.

44. — L'ascendant qui, par contrat de mariage, a disposé d'une portion de ses biens à venir peut-il encore

(1) Les créanciers du donataire partagé sont-ils admis à s'opposer, en vertu de l'article 882, à ce que le partage soit fait en fraude de leurs droits? Les auteurs ne tranchent pas cette question; ou plutôt par leur silence semblent la résoudre négativement. Evidemment on ne peut les admettre à contester le partage que fait l'ascendant; mais d'autre part ne serait-il pas dur de les forcer à reconnaître les effets d'un partage à l'égard duquel ils n'ont pas pu user de la garantie que leur confère l'article 882? Pour plus de sûreté l'ascendant ferait bien d'appeler à son partage les créanciers hypothécaires et autres personnes ayant des droits sur les biens qu'il enlève à l'ancien donataire.

distribuer son patrimoine entre ses enfants? Nous n'hésitons pas à répondre qu'au point de vue du droit strict il ne le peut pas. L'institué contractuel a droit, en effet, à sa part dans la succession indivise, et à toute cette part, sans que l'ascendant puisse apporter aucune modification à son droit par des dispositions à titre gratuit (art. 1083). Cela constitue pour lui un droit acquis et important; important surtout s'il est étranger au donateur, qui serait alors tenté de sacrifier ses intérêts à ceux de ses propres enfants (1).

Cependant, pour des raisons d'utilité surtout, bon nombre d'auteurs ne privent pas l'ascendant qui a usé de l'institution contractuelle du bénéfice des articles 1075 et suivants (2). La jurisprudence semble aussi pencher de ce côté (3). Mais une grave controverse s'élève sur le point de savoir si le donataire de biens à venir doit être traité dans ce partage comme les autres copartagés, ou bien s'il a le droit d'exiger la délivrance intégrale de la part qui lui a été donnée. Si nous admettions cette doctrine, nous pencherions pour la deuxième opinion et nous donnerions à l'institué contractuel une action en complément lorsque la lésion ne dépasserait pas le quart, réservant l'action en rescision pour le cas prévu par la loi, c'est-à-dire celui où

(1) Cass., 28 juillet 1828, Sir., 28, 1, 281; Limoges, 29 févr. 1832, D. Rec. alph. h. v, n° 4456; Cass., 26 avril 1847, Sir., 47, 1, 610; Besançon, 11 juin 1844, D. 45, 4, 156; Genty, p. 133 et 134; Aubry et Rau, § 731, note 13.

(2) Réquier, n° 121; Demol., t. VI, n° 78; Troplong, IV, nos 2314 et 2381.

(3) Caen, 21 mars 1838, Sir., 38, 2, 419; Cass., 26 mars 1845, Sir., 47, 1, 120; Dijon, 8 mars 1878, Sir., 78, 2, 74; Cass., 11 février 1879, Sir., 80, 1, 201.

la lésion serait supérieure au quart de sa part normale (1). On nous objecterait en vain que la vocation de l'institué contractuel ne peut être plus sacrée que la vocation légale des héritiers légitimes; nous répondrions avec MM. Aubry et Rau : « Le droit de l'institué est un droit conventionnel, hors de toute atteinte; tandis que celui de l'héritier à réserve, qui dérive de la loi, reste soumis à toutes les modifications que le législateur juge convenable d'y apporter (2). »

45. — L'ascendant fait quelquefois une promesse d'égalité à l'un de ses enfants dans son contrat de mariage. Ce cas offre une grande analogie avec celui de la donation de biens à venir ordinaire. Il est toutefois un peu différent, et nous n'hésiterions pas ici à permettre à l'ascendant de faire le partage de ses biens, car la promesse d'égalité ne confère pas à l'enfant un titre distinct de celui d'héritier *ab intestat*. La jurisprudence et la doctrine aussi sont d'accord pour permettre dans ce cas le partage d'ascendant (3). A quelle égalité aurait droit l'enfant auquel cette promesse aurait été faite : à l'égalité stricte ou à celle d'un partage ordinaire? A l'égalité stricte croyons-nous : « Attendu, dit en effet la Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 26 mars 1845, que si la promesse d'égalité faite par le père dans une institution

(1) Caen, arrêt ci-dessus; *Contra* Réquier, nos 121 et 122; Comp. Demol., n° 78; Nîmes, 8 nov. 1876, Sir., 65, 2, 74.

(2) Aubry et Rau, § 731, note 13.

(3) Aubry et Rau, § 731, texte et note 12; Demol., t. VI, n° 73 bis; Réquier, n° 123; Bonnet, I, 158; Troplong, IV, 2313 et 2314; Limoges, 19 février 1832, Sir., 32, 2, 262; Req. rej., 26 mars 1845, Sir., 47, 1, 120; Dijon, 13 juillet 1870, D. 72, 2, 94.

contractuelle en faveur de ses enfants, l'empêche de gratifier ensuite les uns au préjudice des autres, elle ne lui ôte cependant pas le droit entièrement distinct de faire ultérieurement entre eux un partage d'ascendant pourvu que l'égalité promise y *soit scrupuleusement observée* (1)..... »

46. — L'indivision où se trouve l'ascendant relativement à quelques-uns de ses biens ne crée pas un obstacle à leur partage. Il peut, soit sortir préalablement d'indivision, soit faire intervenir son copropriétaire au partage, soit enfin distribuer entre ses enfants sa part dans chacun des biens indivis, ce qui les mettra eux-mêmes dans l'indivision avec le tiers.

47. — L'époux marié sous le régime de la communauté ne pourrait pas partager, en même temps que ses propres, la part qui doit lui revenir dans la communauté. Il n'a pas, en effet, la libre disposition des biens qui la composent et, d'autre part, il ignore quels sont ceux qui plus tard lui appartiendront. Il n'y a aucune distinction à établir à ce point de vue entre le partage entre-vifs et le partage testamentaire. Il est vrai que l'article 1423 permet au mari de disposer par testament d'un objet de la communauté; mais le légataire ne peut réclamer cet objet en nature qu'autant, qu'à la dissolution de celle-ci, il tombe

(1) Limoges, 29 février 1832, Sir., 32, 1, 182; Req., 26 mars 1845, Sir., 47, 1, 120. — M. Réquier prétend au contraire que par sa promesse d'égalité l'ascendant s'est seulement interdit de disposer par préciput au profit des autres enfants (n° 123). L'ascendant, dit-il, est présumé avoir observé l'égalité quand un des copartagés n'est pas lésé de plus du quart. Il cite à l'appui de son opinion un arrêt formel de la Chambre des Requêtes, du 15 mars 1827 (D. alph., *Disposit. entre-vifs*, n° 4457).

dans le lot du mari ou de ses héritiers. Il lui est donc véritablement impossible de disposer par voie de partage testamentaire de sa part dans la communauté.

Ce qui s'oppose à ce qu'un époux puisse comprendre dans sa distribution la part qui doit lui revenir dans les biens communs, c'est l'impossibilité où il se trouve, tant que subsiste la communauté, de connaître de quels objets cette part sera composée.

Aussi quelques jurisconsultes, pour supprimer cet obstacle, ont-ils permis aux époux d'opérer d'abord entre eux le partage de la communauté. Leur refuser ce droit, disent-ils, c'est priver les époux mariés sous le régime de la communauté du bénéfice des articles 1075 et suivants. Le leur accorder n'est pas violer la loi, car, en partageant la communauté par anticipation, ils ne font qu'un partage provisionnel (1).

Cette solution est évidemment inadmissible. La communauté ne peut être dissoute que par les causes que la loi a strictement prévues (art. 1441). Jusque-là le mari est administrateur des biens qui la composent (art. 1421), et la femme ne peut ni l'accepter ni y renoncer par avance (art. 1453). Le partage anticipé n'enlèverait donc pas à la femme le droit d'y renoncer plus tard, ni au mari le pouvoir d'en aliéner les biens, même ceux qui ne seraient pas tombés dans son lot : il reposerait par conséquent sur une base bien fragile. Mais cette base même fait défaut, car le partage provisionnel suppose la possibilité d'un partage définitif (2).

(1) Douai, 10 février 1828, Sir., 28, 2, 195; Douai, 3 août 1846 Sir., 46, 2, 512; Bourges, 15 février 1860, Sir., 61, 2, 70.

(2) Demol., n° 87; Genty, 156 et 158; Aubry et Rau, § 731, texte et note 5; Civ. Cass., 13 nov. 1849, Sir., 49, 1, 753; Bordeaux,

La ratification de l'époux survivant ne priverait pas même les héritiers de l'époux prédécédé du droit de demander un nouveau partage de la communauté et de faire tomber par là le partage d'ascendant. La communauté ne peut, en effet, être partagée que du consentement simultané des deux parties entre lesquelles elle se trouve à l'état de masse partageable; et ici il n'y aurait que le consentement d'une seule, celui de l'époux survivant. Toutefois les héritiers de l'époux prédécédé pourraient aussi ratifier ce partage et déclarer vouloir s'en tenir aux lots et aux dispositions de leur auteur; seulement ce serait un véritable contrat de partage ordinaire, auquel on devrait appliquer toutes les règles qui gouvernent cette matière. C'est ainsi, par exemple, que, si parmi les parties il s'en trouvait une incapable, l'homologation de la justice serait nécessaire pour valider la ratification.

Les époux pourront utilement ratifier leur partage anticipé de la communauté et par suite valider le partage d'ascendant que l'un d'eux aurait fait en y comprenant des biens communs, si la communauté vient à se dissoudre de leur vivant par un jugement de séparation de biens.

Tout ce que nous venons de dire est strictement exact et ne comporte aucune exception en ce qui regarde le partage de biens communs opéré par la femme. Ce partage opéré par le mari peut, au contraire, dans certaines hypothèses n'être pas dénué de validité. Il serait, d'une part, en effet, consolidé rétroactivement par la renon-

3 août 1850, Sir., 51, 2, 86; Civ. Cass., 23 déc. 1861, Sir., 62, 1, 29; Orléans, 5 juin 1862, Sir., 63, 2, 66; Caen, 15 juin 1863, Sir., 64, 2, 292.

ciation postérieure de la femme à la communauté (art. 1492), car le mari se trouvant, par suite de cette renonciation, seul propriétaire des biens de la communauté, le partage qu'il en a fait ressemble au partage qu'il aurait fait de ses biens propres; et, d'autre part, il est valable *ab initio* si le mari n'y a compris des biens, meubles ou immeubles, de la communauté que pour permettre ou faciliter l'établissement d'enfants communs (art. 1422), ou s'il n'a distribué que des meubles à titre particulier, sans avoir à regarder alors si cette distribution était nécessaire à l'établissement des enfants, ni si l'enfant qui les reçoit est un enfant commun ou d'un lit précédent, pourvu cependant qu'il ne se soit pas réservé l'usufruit de ces meubles (art. 1422 *in fine*).

Donc, un époux marié sous le régime de la communauté ne peut pas, sauf les quelques exceptions que nous venons de voir, comprendre quelques-uns des biens qui la composent dans son partage d'ascendant ⁽¹⁾. Les deux époux peuvent-ils se réunir pour distribuer leurs biens communs dans un seul et même partage? Nous allons le voir dans quelques instants.

48. — Il arrive très-fréquemment qu'un père et une mère réunissent leurs biens en une seule masse pour en faire le partage entre leurs enfants. Cette opération a reçu le nom de *partage conjonctif*. Les morcellements sont ainsi évités et la composition des lots devient plus facile. La liquidation des reprises ou indemnités que les époux auraient à réclamer l'un de l'autre et dont le rè-

(1) La solution serait la même si les deux époux faisaient chacun séparément un partage de leurs biens en y ajoutant chacun des biens de la communauté.

blement pourrait faire naître des contestations est aussi par là rendu inutile. Ce mode d'opérer est-il valable? Il nous faut distinguer.

Il ne peut avoir lieu par acte de dernière volonté, car l'article 968 annule tout testament fait dans un seul et même acte par plusieurs personnes. Le Code n'a pas jugé opportun de reproduire l'exception au droit commun admise dans cette matière par l'Ordonnance de 1735. On l'en a critiqué, avons-nous déjà dit plus haut, assez vivement : et, en effet, on ne peut nier que le testament conjonctif eût pu être d'une grande utilité pour les parents qui, tout en désirant, dans l'intérêt de leurs enfants, ne faire qu'une masse commune de leurs biens, tiendraient, et non sans raison quelquefois, à ne pas se dépouiller de leur vivant. Mais aussi que devenait la faculté de révoquer son testament? Ou, dans la crainte d'ébranler le partage entier, on était amené à s'en abstenir, ou, au contraire, on révoquait, et alors les dispositions du conjoint s'écroulaient par contre-coup.

Le partage conjonctif entre-vifs ne rencontre nul obstacle. Cette proposition n'a pas trouvé de contradicteurs lorsque les époux n'avaient que des biens propres, dont ils pouvaient, par conséquent, librement disposer. Elle a été contestée au contraire, bien à tort selon nous, lorsqu'ils voulaient distribuer les biens de la communauté ou de la société d'acquêts. La loi, a-t-on dit, a strictement limité les cas où le mari peut disposer de ces biens à titre gratuit (art. 1422); en dehors de ces cas l'intervention de la femme ne saurait même pas l'habiliter, car la loi le déclare incapable. De son côté la femme n'est pas propriétaire de ces biens durant le mariage; la distribution qu'elle en ferait, d'ailleurs, serait une accep-

tation anticipée de la communauté et, par conséquent, en opposition avec l'article 1453 (1).

Ce raisonnement ne nous paraît pas fondé : il repose sur une fausse notion de la communauté.

Dans l'ancien droit la plupart des coutumes déclaraient le mari seigneur et maître de la communauté, et lui permettaient d'en disposer librement, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, pourvu que ce fût sans fraude. Le droit de la femme sur les biens de la communauté pendant le mariage était, en revanche, réduit à fort peu de chose : il n'y avait *rien d'aussi faible* ; il ne consistait pas *in actu, sed in credito et in habitu*, il se réduisait à *une simple espérance de partager les biens qui se trouveront la composer lors de sa dissolution* (2).

Quelques coutumes cependant avaient adopté d'autres principes : le mari pouvait vendre, échanger et hypothéquer les biens de la communauté ; mais non en disposer par donation entre-vifs, sinon pour sa propre part. En un mot il était un administrateur *cum libera potestate* (3).

Lequel de ces deux systèmes a suivi le Code ? Le dernier évidemment. Le mari ne peut disposer à titre gratuit des biens de la communauté si ce n'est pour l'établissement d'enfants communs, dette morale et commune aux deux époux, ou pour faire quelques dons particuliers, et par là sans importance, d'objets mobiliers. Ce n'est

(1) Bourges, 10 août 1840, Sir., 41, 2, 358 ; Caen, 3 mars 1843, Sir., 44, 2, 385 ; Marcadé, art. 1422, n° 2 ; Rodière et Pont, t. I, n° 662.

(2) Lebrun, liv. II, ch. II, sect. 2 ; Dumoulin, art. 25, Cout. de Paris ; Pothier, *Com.*, n° 497.

(3) Anjou, art. 28 ; Maine, art. 304 ; Tours, art. 254. — Ajout. Pothier, art. 472.

plus le seigneur et maître de la communauté; c'est son administrateur légal. Ses pouvoirs, très-grands d'ailleurs, sont limités dans le seul intérêt de la femme, sa copropriétaire. Dès lors rien ne s'oppose à ce que celle-ci l'affranchisse de ces restrictions. Et alors, capables tous les deux, car la seule autorisation du mari habilite la femme, ils sont libres de disposer, comme ils l'entendent, des biens dont ils sont copropriétaires. « Il en est ainsi dans toute société, dit M. Réquier. Les actes, qui dépassent les pouvoirs du gérant, sont valables quand ils sont consentis par tous les associés réunis. » Décider le contraire, ce serait introduire l'inaliénabilité dans un régime dont tous les principes la repoussent ⁽¹⁾.

Il est faux, en second lieu, que la femme s'enlève par là son droit d'option à la dissolution de la communauté. Accepte-t-elle la communauté, le partage qu'elle a fait conjointement avec son mari se trouve consolidé. Mais libre à elle d'y renoncer : le partage n'en subsistera pas moins; seulement les copartagés tiendront tous les biens de la communauté du mari seul, au lieu de les tenir moitié du mari et moitié de la femme : la femme qui renonce n'a jamais eu aucun droit sur la communauté. L'unique but du concours de la femme dans l'aliénation des biens communs consentie par le mari est, en effet, de consolider à tout événement cette aliénation, dans l'intérêt des tiers; il est logique, du reste, de présumer que le mari entend leur transférer tous ses droits, tant

(1) Je passe sous silence l'objection qu'on a tirée de ce que si la femme pouvait ainsi autoriser son mari à partager les biens de la communauté, celui-ci abuserait quelquefois de son influence pour l'obtenir; car il faudrait alors déclarer la femme incapable de disposer de ses propres avec l'autorisation de son mari.

actuels qu'éventuels, sur les biens de la communauté qu'il aliène. Cette présomption cesserait toutefois s'il était démontré qu'en fait le partage de la communauté a été subordonné à l'acceptation de la femme ⁽¹⁾.

Peu importe donc, en somme, aux enfants communs que la femme accepte plus tard la communauté, ou bien qu'elle y renonce. Au lieu d'avoir la moitié de la communauté comme biens paternels, et l'autre moitié comme biens maternels, ils prendront le tout du chef de leur père : leur situation ne sera pas changée.

49. — Il en serait autrement si les époux avaient des enfants de différents lits. Et d'abord peuvent-ils, dans cette hypothèse, faire encore un partage conjonctif?

MM. Genty et Demolombe répondent affirmativement. On procèdera, disent-ils, quant aux biens de la communauté comme dans le cas où la succession ordinaire se divise en deux lignes : les enfants communs recevront des deux côtés, les enfants d'un précédent mariage d'un seul côté ⁽²⁾. Pour les biens propres, il faudra d'abord établir la valeur comparative de chacun des deux patrimoines, car les héritiers respectifs ne doivent prendre dans le partage de la masse que ce qu'y a mis leur auteur ⁽³⁾.

(1) Req., 5 février 1850, D. 50, 1, 97; Req., 29 avril 1851, D. 52, 1, 25; Paris, 23 juin 1849, Sir., 49, 2, 554; Aubry et Rau, § 731, texte et note 7; Réquier, n° 134; Bonnet, I, 270 à 272; Demol., t. VI, n° 83; Genty, p. 154 à 162; Troplong, *Du contrat de mariage*, t. II, n° 903 et suivants.

(2) Demol., t. VI, n° 85; Genty, p. 153.

(3) Genty, *loc. cit.* Demolombe ne parle pas des biens propres. Quant à M. Bonnet, il admet la possibilité du partage conjonctif de ces derniers, et la repousse relativement aux biens de la communauté (Bonnet, I, 274 et suiv.).

La négative seule est juridique. Les enfants de l'un des époux n'ont, en effet, aucun droit sur les biens propres de l'autre, auquel ils sont étrangers; ils ne seraient point appelés, en l'absence du partage anticipé, à les partager avec ses propres enfants. Il ne peut donc pas être question entre eux d'un partage d'ascendant. L'opération serait absolument la même que si deux veufs réunissaient leurs patrimoines pour les distribuer conjointement entre leurs descendants. La présence d'enfants communs ne changera nullement la situation, car si l'acte revêt à leur égard le caractère d'un partage d'ascendant, il ne le revêtera pas davantage à l'égard des autres.

La question est plus délicate relativement aux biens de la communauté, car tous les enfants sont appelés à y prendre part : les enfants communs, du chef des deux époux, et les autres, du chef de leur auteur respectif seulement. Cependant la même solution est dictée par la nature de l'association conjugale. Elle peut très-bien se prêter à un partage conjonctif quand il n'y a que des enfants communs, puisque, comme nous venons de le voir, cette répartition n'exige aucun partage préalable de la communauté, et qu'elle est immédiatement et définitivement fixée, devant rester la même, soit que la femme se porte acceptante, soit qu'elle renonce. Ici, au contraire, la renonciation ultérieure de la femme changerait nécessairement les quotités et les proportions des lots des enfants copartagés : l'enfant de la femme perdant tout droit sur les biens de la communauté, l'enfant commun conservant le sien, et l'enfant du mari voyant doubler son droit et pouvant désormais réclamer une part égale à celle de ce dernier. Le partage conjonctif, lorsque tous les enfants ne sont pas du même lit, préjugerait donc

la décision ultérieure de la femme au sujet de l'acceptation de la communauté (1).

50. — Après la mort de son conjoint, le survivant des époux fait assez fréquemment l'abandon de tous ses biens à ses enfants et il les leur partage en comprenant en même temps, dans sa distribution, la succession du prédécédé. Ce mode d'opérer a le grand avantage d'éviter le morcellement des biens. Est-il licite?

Plusieurs coutumes autrefois, et notamment celle de Bourgogne, autorisaient le prémourant des époux à confier au survivant la mission de partager sa succession entre ses enfants (2). Aucun texte de loi ne permet malheureusement de remettre en vigueur cette sage disposition. L'article 1075, qui accorde à l'ascendant le droit de distribuer son patrimoine entre ses héritiers, ne lui permet pas de déléguer à une autre personne cette prérogative qui fait exception au droit commun.

Mais si l'ascendant prend la voie du partage entre-vifs, l'acceptation de ses enfants valide son opération. C'est absolument, en effet, comme s'ils avaient fait eux-mêmes le partage des biens dont ils étaient déjà saisis. Seulement, quant à ces biens, ce n'est plus un partage d'ascendant ordinaire, c'est un pur contrat de partage, soumis aux conditions de capacité et aux formalités des articles 838 et 840. S'il se trouvait des mineurs ou des incapables parmi les enfants, l'ascendant ne pourrait donc opérer qu'en justice la distribution des biens du

(1) Réquier, n° 136; Aubry et Rau, § 734, texte et note 10; Bonnet, quant aux biens communs seulement, I, 274 et s. — Paris, 1^{er} juin, 1836, D. alph., *Contrat de mariage*, n° 1279.

(2) Davot, t. III, p. 182; Mélenet, t. I, p. 338.

prédécedé. Les descendants pourraient aussi, de concert avec l'ascendant, faire rentrer dans son partage des biens qui leur appartiendraient par indivis à tout autre titre qu'à celui d'héritiers du conjoint prédécédé. L'annulation du partage en ce qui concerne les biens étrangers à l'ascendant qui fait la répartition entraînera l'annulation du partage dans son entier si les deux masses de biens, confondues en une seule, ont été distribuées sans distinction d'origine (1).

Fait par testament, ce partage serait nul pour le tout ou pour une partie seulement, selon que l'ascendant aurait fait en deux actes distincts ou en un seul et même acte la distribution des biens de provenance différente. Mais celui-ci aurait un moyen d'obtenir la rectification et l'exécution de son opération : ce serait l'insertion d'une clause pénale, privant de sa part dans le disponible l'enfant qui refuserait de l'accepter. Cette clause est assurément valable, car elle n'a rien de contraire à l'ordre public; elle ne touche qu'à un intérêt privé, constituant simplement pour l'enfant une option entre la renonciation à l'exercice de son droit de demander un autre partage et sa réduction à la réserve dans les biens de l'ascendant (2). Elle ne pourrait cependant frapper, croyons-nous, que l'enfant majeur et capable, car la loi a édicté des formalités spéciales pour le partage entre

(1) Req. rej., 7 août 1860, Sir., 60, 1, 977; Req. rej., 2 décembre 1862, Sir., 63, 1, 124; Civ. rej., 16 janvier 1867, Sir., 67, 1, 177; Réquier, n° 138; Aubry et Rau, § 731; Demol., n°s 89 et 90; Genty, p. 159; Bonnet, I, 248, 249.

(2) Cass., 1^{er} mars 1831, Sir., 31, 1, 81; Besançon, 16 janvier 1846, Sir., 47, 2, 267; Poitiers, 20 février 1861, Sir., 61, 2, 465; *Contra*, Caen, 9 juin 1874, D. 76, 2, 33.

incapables, formalités auxquelles leurs représentants ne peuvent les soustraire légalement : l'incapable conserve donc toujours le droit de demander la nullité de ce partage, sans crainte d'encourir l'application de la clause pénale (1).

51. — Il arrive très-fréquemment qu'en faisant le partage cumulatif de leurs biens, les époux s'en réservent l'usufruit et le stipulent réversible sur la tête du dernier mourant. Nous avons étudié cette clause à propos des modalités qui peuvent accompagner le partage d'ascendant. Nous nous contenterons de rappeler que cette stipulation de réversibilité est nulle comme contrevenant à l'article 1097 qui défend aux époux de se faire aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte. Elle n'entraîne pas de plein droit dans sa chute la nullité du partage. Celle-ci en résultera cependant si l'économie du partage se trouve, par sa disparition, bouleversée lors du décès du prémourant, hypothèse d'autant plus commune que les biens paternels et les biens maternels n'auront pas en général été également répartis dans chaque lot, puisque le but du partage conjonctif est précisément d'éviter les morcellements qu'exigerait la séparation des patrimoines.

52. — L'ascendant est libre de distribuer tout son patrimoine ou de s'en réserver une portion. Il peut même ne partager que quelques objets déterminés.

Il avait cette liberté à Rome et dans les pays de droit

(1) Demol., t. VI, n° 90 *bis*; *Contra*, Besançon, 16 janvier 1846. — Il semble bien difficile aussi de permettre au mineur de maintenir ce partage légalement.

écrit (1). Les objets donnés étaient alors considérés comme des dispositions à titre de préciput et le reste de la succession de l'ascendant était à sa mort réparti par portions égales entre ses héritiers (2).

Dans les pays coutumiers, au contraire, il ne pouvait se réserver aucun bien. Ce n'était pas étonnant pour la démission de biens où l'on ne voyait qu'une ouverture anticipée de la succession du démettant. Mais c'était aussi la règle du partage d'ascendant, car le père de famille n'a été investi du pouvoir du juge, disait-on, que dans le but d'éviter toute contestation entre les enfants, but qui ne serait pas atteint si quelques objets restaient encore indivis entre eux. Toutefois, la nullité d'un partage partiel pouvait être couverte par la confection d'un second partage comprenant les biens non encore distribués.

Les termes généraux de l'article 1077, qui porte que *si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris, seront partagés conformément à la loi*, sans distinguer pour quelle raison ils sont restés indivis, parce que l'ascendant ne les a acquis qu'après sa distribution ou parce qu'il se les a réservés à cette époque, sont la preuve que le Code a voulu renouer la tradition romaine (3). Et il a eu raison : le partage de l'ascendant peut être, en effet, fort utile quelquefois sans que celui-ci y ait fait entrer tout son patrimoine. Il pouvait craindre que des contestations ne

(1) Nov. 18, ch. VII.

(2) L. 21, C. Fam. *ercisc.*

(3) Req., 6 juin 1834, Sir., 33, 1, 58.

s'élevassent entre ses enfants à l'occasion de la possession de quelques objets seulement. Lui-même avait peut-être une attache d'affection pour tels biens qu'il a conservés, ou il ne voulait pas se mettre complètement à la discrétion de ses enfants, ou bien encore, se sentant incapable d'administrer sa fortune tout entière, il se trouvait capable de garder la gestion d'une partie, des valeurs mobilières par exemple. En tout cas, il diminue certainement les chances de contestations entre ses descendants, en restreignant ainsi le champ de leur application.

Les biens qui se trouveront indivis dans la succession de l'ascendant feront l'objet d'un partage supplémentaire complètement indépendant du premier (art. 1077). Si les descendants étaient, en effet, soumis dans cette hypothèse à l'obligation du rapport, il ne serait plus vrai de dire qu'il est loisible à leur auteur de faire un partage partiel.

CHAPITRE III.

Des effets du partage d'ascendant.

SOMMAIRE.

53. — Subdivision entre les effets du partage testamentaire et ceux du partage entre-vifs.

53. — Ces effets étant très-différents suivant que le partage a eu lieu par donation entre-vifs ou par testament, nous diviserons ce chapitre en deux sections, l'une ayant trait aux effets du partage testamentaire, l'autre aux effets du partage entre-vifs.

SECTION I.

Effets du partage testamentaire.

SOMMAIRE.

54. — Son utilité.

55. — Il est révocable.

56. — Effet des changements survenus dans l'état des lots.

57. — Les biens sont recueillis à titre de succession.

58. — Ses effets dans les rapports entre l'ascendant et les descendants.

59. — Ses effets dans les rapports des descendants entre eux.

60. — Le prédécès d'un des copartagés n'annule pas le partage.

54. — Le partage testamentaire est d'un usage beaucoup plus rare que le partage entre-vifs. S'il ne pré-

sente pas tous les avantages de celui-ci, il ne laisse cependant pas d'être quelquefois fort utile. Il évite les frais judiciaires que peut rendre indispensables l'incapacité de l'un des enfants, et surtout il prévient les hésitations, les tiraillements et les conflits qu'engendre souvent l'indivision entre les frères et les sœurs les plus unis jusque-là.

55. — Soumis aux règles des testaments (art. 1076), le testament-partage ne produit aucun effet du vivant de l'ascendant. Acte de dernière volonté, par là même essentiellement révocable et ambulatoire, il peut être retouché, refondu entièrement ou en partie, ou même anéanti, jusqu'au décès du disposant.

Comme les anciens partages d'ascendants donc, il est fait *pour avoir lieu après la mort* ⁽¹⁾ *du testateur*. Comme eux aussi il est révocable; et ce principe ne souffre aucune exception.

Les règles de la révocation des testaments sont applicables ici.

La révocation expresse résultera d'un testament postérieur ou d'un acte notarié portant déclaration du changement de volonté (art. 1035). La révocation peut être partielle seulement; le partage subsistera dans ses autres dispositions à moins toutefois que son équilibre n'ait été rompu par ce changement.

La révocation tacite découlera d'un second testament valable qui, n'annulant pas explicitement le premier, contiendra des dispositions qui lui seront contraires ou seront incompatibles avec son exécution (art. 1036).

(1) Ordonnance de 1735, article 77.

La révocation faite dans un testament postérieur aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire ou par leur refus de recueillir (art. 1037).

Le partage serait encore révoqué par l'aliénation postérieure de tous les biens qu'il comprend (art. 1038). Il ne le serait pas, au contraire, par l'aliénation de quelques-uns seulement des objets qui s'y trouvent distribués. L'article 1038, en effet, limite la révocation au bien aliéné. Et puis la raison qui sert de fondement à cette révocation tacite, l'intention présumée du défunt, s'oppose à l'annulation du partage tout entier : c'est peut-être même pour y mettre plus d'égalité que l'ascendant a aliéné tel ou tel bien.

56. — Est-ce à dire cependant que le changement survenu dans l'état ou la valeur des lots pendant l'intervalle qui sépare la confection du testament du décès de l'ascendant ne doive jamais être pris en considération, qu'il soit sans aucune conséquence pour la validité du partage? Non évidemment.

Il peut se faire d'abord que ce changement atteigne le partage dans une de ses conditions d'existence. Cela se présentera si la part de l'un des descendants se trouve par cette aliénation complètement anéantie, ou réduite de plus du quart de sa valeur normale (art. 1078 et 1079-1°); ou si les dispositions des articles 826 et 832 ou du 2° de l'article 1079 se trouvent violées. Dans ces différentes hypothèses, bien entendu, l'aliénation de l'ascendant amènera la chute du partage tout entier.

Les dispositions de l'ascendant peuvent être telles que l'économie du partage tout entier se trouve par là

détruite, sans que cependant elles aient amené l'une des causes de nullité que nous venons d'énumérer. On devrait alors considérer le partage comme non avenue. Puisque l'ascendant, en effet, n'a pas jugé à propos de rétablir l'équilibre rompu par ses aliénations, n'y a-t-il pas lieu raisonnablement de croire qu'il a entendu révoquer son partage? Cette question est, du reste, avant tout, une question d'appréciation. « Tout ce qu'on peut dire à cet égard, disent MM. Aubry et Rau, c'est que la révocation ne devrait, en général, être admise que si, par suite des aliénations faites par l'ascendant, l'opération tout entière se trouvait dénaturée (1). »

En dehors de ces hypothèses on ne tiendra aucun compte des changements apportés par l'aliénation de l'ascendant dans la composition des lots. Sur quels motifs se fonderaient les enfants dont le lot aurait été ainsi diminué pour demander une indemnité aux autres copartagés? Du moment qu'elle reste dans les limites de la loi, la volonté de l'ascendant est souveraine. Pour demander une indemnité, il faudrait prouver que telle était son intention; ce qui pourra assurément se faire quelquefois. Mais on ne doit pas la présumer. Son aliénation a peut-être eu pour but de réparer les inégalités qu'il croyait avoir faites dans sa répartition. Supposons même qu'elle ait été destinée à procurer un avantage à quelques-uns de ses descendants, n'en avait-il pas le droit? Le partage testamentaire étant un acte de dernière volonté, c'est à la mort de l'ascendant seulement que les différents lots se trouvent définitivement fixés. La question de garantie

(1) Aubry et Rau, § 733, texte et note 19; Réquier, n° 57; Demol., t. VI, n°s 95 et s,

ne peut se poser qu'après. Cette solution a l'avantage d'éviter toute réclamation rétrospective entre les enfants (1). Une bonne partie de la doctrine cependant accorde une indemnité au copartagé dont le lot se trouve ainsi diminué. Il en sera dans ce cas, dit-elle, comme dans celui où les enfants, ayant fait eux-mêmes le partage après le décès de l'ascendant, y auraient compris des objets ayant cessé de lui appartenir, ou grevés de charges qu'ils ignoraient (2).

Nous n'avons raisonné jusqu'ici que sur l'hypothèse de l'aliénation ou des droits réels consentis par l'ascendant. Mais tout ce que nous venons dire s'applique également au cas où toute autre modification aurait été apportée à la composition primitive des lots; soit par suite d'une dépréciation ou d'une détérioration survenue dans l'un des biens, soit au contraire par suite d'une plus-value qui lui aurait été donnée par une culture perfectionnée, la construction de bâtiments de valeur, l'agrandissement de l'enceinte de l'enclos attribué à l'un des enfants, ou de toute autre diminution ou augmentation importante. Ce changement peut, du reste, aussi bien provenir du fait d'un tiers ou d'un cas fortuit que des dispositions de l'ascendant. Il n'y a aucune distinction à faire : il n'y aura jamais lieu à garantie. Le partage seulement pourrait être anéanti si cette modification avait fait surgir quelque cause de nullité, ou si son équilibre était complètement rompu. Autrement il sera exécuté et les biens iront aux copartagés dans l'état où ils se

(1) Bonnet, II, 418; Réquier, n° 57.

(2) Genty, p. 190; Aubry et Rau, § 733, texte et note 20; Colmet de Santerre, IV, 243 *bis*, VII; M. Demol. laisse le tribunal maître d'accorder ou de refuser la garantie, suivant les circonstances; n° 96.

trouvent actuellement; ce n'est, en effet, qu'au décès de l'ascendant que les lots s'apprécient. C'est l'application pure et simple des art. 1018 et 1019 :

« La chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires et dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur (art. 1018). »

« Lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble l'a ensuite augmentée par des acquisitions, ces acquisitions fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs. Il en sera autrement des embellissements ou des constructions nouvelles faites sur le fonds légué, ou d'un enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte (art. 1019). »

M. Genty, qui admet le recours en garantie quand le changement provient du fait de l'ascendant, le refuse, au contraire, quand il prend sa source dans un fait indépendant de sa volonté. Nous avons beaucoup de peine à comprendre cette distinction. Si nous en avons une à faire, nous la ferions en sens inverse; car dans le premier cas l'ascendant ne peut ignorer la modification apportée au partage, tandis qu'il n'est pas impossible qu'il l'ignore dans le second. Nous ne la ferons pas. Comment savoir, en effet, positivement, si l'ascendant, averti de ce changement, eût modifié sa distribution, si quelquefois même il n'en eût pas été mécontent. Dans tous les cas, la loi a voulu assurer la stabilité des partages; c'est pourquoi elle ne tient aucun compte des inégalités qui ne dépassent pas les limites qu'elle leur a tracées, qu'elles soient le résultat de la volonté ou d'une erreur de l'ascendant.

57. — Le testament-partage, comme tout testament,

ne produit aucun effet pendant la vie de l'ascendant. Quels effets produit-il à sa mort? La réponse à cette question présuppose la solution d'une autre qui domine tout le sujet et de laquelle doit découler naturellement la solution de toutes les autres. Cette question, que nous avons rencontrée déjà lorsque nous nous sommes demandés si l'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle pouvait être apporportionné dans le testament-partage, la voici : à quel titre les copartagés reçoivent-ils leurs lots, à titre d'héritiers légitimes, ou à titre de légataires?

Bien que les termes de l'article 1075 semblent vouloir, dans leur généralité, appliquer au partage d'ascendant toutes les règles des legs, nous n'hésitons pas, avec presque toute la doctrine, à déclarer que les descendants apporportionnés conservent leur vocation légitime⁽¹⁾.

Telle a toujours été la jurisprudence de notre ancien droit. Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit à ce sujet sous le n° 39.

Contentons-nous de dire que décider le contraire serait aller contre l'intention de l'ascendant qui n'a entendu faire que *le partage et la distribution de ses biens* (art. 1075); dont le seul dessein était de prévenir les contestations qui auraient pu s'élever à sa mort ou d'éviter les frais d'un partage judiciaire; qui n'a, en somme, fait que remplir par avance l'office du juge. Ce n'est donc qu'un acte de distribution, qui laisse subsister, ou, pour mieux dire, qui suppose au préalable la qualité d'héritier. La seule différence qu'il y ait entre le partage testamentaire

(1) Genty, p. 197 et s.; Troplong, t. IV, n° 2302; Colmet de Sant., t. IV, n° 243 *bis*; Marcadé, art. 1075; Réquier, n° 59; Demol., n° 97; Aubry et Rau, § 733; Bonnet, II, 423; *Contrà*, Bertauld, *Questions*, II, n°^s 131 et s.; Laurent, *Principes du droit civil*, XV, p. 60.

et le partage d'une succession, c'est que l'un est fait avant que l'hérédité soit ouverte, et l'autre après.

La grande objection est que le partage peut contenir des avantages au profit d'un ou de plusieurs héritiers. C'est donc à ce point de vue un acte d'attribution. Non, la loi ne considère pas cette inégalité comme un avantage. Elle la permet, elle la tolère comme dans tout partage, amiable ou judiciaire. C'est la marge laissée à l'erreur et à l'incertitude des appréciations humaines.

L'argument tiré de ce que l'ascendant doit, sous l'empire du Code, employer à peine de nullité les formes du testament est dénué de force, car les formes exigées par l'ordonnance de 1735 étaient déjà bien celles du testament entre enfants. Elles différaient peu d'ailleurs des formes testamentaires actuelles.

On ne peut, toutefois, nier que le partage testamentaire présente un certain caractère attributif en transformant le droit indivis de chaque héritier sûr tous les biens de la succession en un droit exclusif sur quelques-uns d'entre eux. « En conséquence, ne faut-il pas dire que les deux titres (d'héritiers et de légataires) concourent dans la personne des copartagés, se demande M. Demolombe : héritiers à l'effet de recueillir la succession qui leur est déférée par la loi; et légataires, à l'effet de recueillir le lot qui leur est déferé par le testament de l'ascendant?... Mais nous n'avons pas tardé à reconnaître, ajoute-t-il, les difficultés inextricables dont cette analyse devient à tout instant la source, et qu'il faut renoncer, sur presque tous les points, à cette impossible conciliation entre le testament et la succession légitime (1). » Ce passage

(1) Demol., t. VI, n° 98. M. Laurent ne l'a cependant pas jugée impossible : « Ce double caractère d'un seul et même acte, dit-il, à la

expose clairement la situation : on ne peut appliquer à la fois les règles du partage et celles du legs au testament-partage : il faut prendre celles de l'acte dont le caractère domine dans l'opération tout entière : or, c'est justement celui de distribution.

Maintenant que le principe est posé, les conséquences vont en découler d'elles-mêmes. Toutes les dispositions qui régissent la translation de la succession *ab intestat*, tant au point de vue du rapport entre les héritiers et le *de cujus* ou les tiers, qu'au point de vue des relations des héritiers entre eux, seront applicables au partage testamentaire.

58. — C'est pourquoi nous avons décidé plus haut, que, pour être compris dans le partage, il n'était pas nécessaire d'être capable de recevoir un legs; qu'il suffisait d'avoir conservé sa vocation légitime à l'hérédité.

Les copartagés sont saisis de plein droit de leurs lots du jour même de l'ouverture de la succession; de ce moment ils ont droit aux fruits. Ils n'ont donc pas besoin de recourir à une demande en délivrance. C'est ce que disait jadis en termes explicites la coutume de Nivernais : « Et seront lesdits enfants saisis et vêtus des biens d'iceux défunts, selon ledit partage ou assignation » (art. 17 du titre *des successions*).

Les descendants apportionnés ne peuvent retenir leurs lots que s'ils acceptent la succession du défunt. C'est en qualité d'héritiers qu'ils les reçoivent, et non pas comme

fois dispositif et distributif, est la source de grandes difficultés; mais ce n'est pas les résoudre que de mutiler l'acte en effaçant l'un des éléments » (T. XV, p. 64).

légataires. Il est vrai, comme nous le verrons bientôt, que lorsque le partage a eu lieu entre-vifs, on permet en général au copartagé donataire de retenir les biens que l'ascendant lui a attribués, même s'il n'est pas en définitif héritier; mais la raison en est que la donation a par elle-même un effet actuel et irrévocable, et qu'elle rend le donataire immédiatement propriétaire. « *Quod quisque capit, ut hæres capit, et nisi hæres sit, capere non potest* » (Guy-Coquille, *Quest.* 244). Il en serait autrement des dispositions préciputaires que pourrait contenir en même temps le testament-partage. Les descendants ne sont que de simples légataires quant à ces biens; ils pourraient toujours en demander la délivrance en vertu de l'article 845.

C'est un cas de simple legs, dont, par conséquent, on ne peut tirer aucun argument contre notre opinion, que prévoyait Bannelier lorsqu'il disait que « si le père avait légué ou prélégué à ses enfants seulement quelques biens, chacun des légataires pourrait accepter son legs sans prendre qualité et titre d'héritier » (art. 17, Cout. de Nivernais). Nous savons, en effet, que les coutumes n'admettant pas de partage partiel, le seul moyen de faire valoir la disposition de l'ascendant qui n'avait distribué qu'une partie de son patrimoine était de considérer ses dispositions comme de simples legs.

La capacité nécessaire pour accepter le partage testamentaire sera celle que la loi exige pour accepter une succession; et non celle qui est nécessaire pour l'acceptation d'un partage. Elle sera donc réglée par les articles 774 et suivants. Bien mieux, la découverte du testament-partage postérieurement à l'acceptation de la succession de l'ascendant par ses enfants ne saurait les autoriser à

revenir sur leur décision. Le partage n'est, en effet, qu'un accessoire; c'est la succession qui est l'objet direct et principal de leur acceptation. L'héritier ne peut jamais revenir sur l'acceptation de l'hérédité légitime par le seul fait que le partage qui en a été fait ensuite ne lui paraît pas convenable.

Puisque la succession partagée par l'ascendant n'est autre chose que la succession *ab intestat* elle-même, les copartagés ne peuvent rester héritiers qu'en acceptant la distribution de l'ascendant. Le descendant, mécontent de son lot, ne pourrait donc pas le refuser comme légataire pour venir ensuite réclamer comme héritier sa part indivise dans la succession; car il n'est pas légataire. Que serait devenue sans cela la faculté que la loi accorde au père de famille de composer comme il l'entend les lots de ses enfants? Il est bien rare, en effet, que sa répartition les contente tous.

Mais rien n'empêche les descendants, s'ils sont tous d'accord, de renoncer ensemble au partage de leur ascendant et d'en faire un autre. Ce n'est qu'une question d'intérêt privé. La présence d'incapables n'y ferait même pas obstacle; seulement, il faudrait remplir les formalités nécessaires pour la renonciation à une succession et pour la confection d'un partage ordinaire (1).

Les descendants sont tenus des dettes de l'ascendant de la même manière que les héritiers légitimes. Les créanciers héréditaires ont le droit de les poursuivre personnellement pour leur part successorale, sauf leur recours contre leurs copartagés si l'ascendant les a déchargés dans son testament d'une partie des dettes (art.

(1) Genty, p. 200.

873). Et ils en seront tenus *in infinitum*, s'ils n'ont accepté sous bénéfice d'inventaire.

On ne pourra les priver de leurs parts que pour cause d'indignité. La question d'ingratitude ne se posera jamais : elle ne regarde que les légataires (art. 1046). L'action en exclusion durera donc trente ans; mais elle ne sera pas admise pour cause d'injures graves contre le testateur à moins qu'elle n'ait revêtu la forme d'accusation capitale jugée calomnieuse (art. 727).

Il n'y aura pas de révocation pour cause d'inexécution des charges imposées par le testament aux descendants. L'ascendant eût pu, au moyen d'une clause pénale, réduire le récalcitrant à sa réserve; mais il ne l'a pas fait, nous le supposons du moins. Quels moyens les autres héritiers auront-ils donc pour poursuivre contre lui l'exécution du testament-partage?

59. — Cette question nous amène aux rapports des copartagés entre eux.

Ils devront poursuivre l'exécution des charges par les voies ordinaires; ils ne pourront pour ce motif enlever au descendant qui refuse de les exécuter la part que l'ascendant lui a réservée. Car l'héritier tient son droit de la loi qui ne prononce aucune déchéance contre lui pour inobservation des clauses du partage ⁽¹⁾.

Le testament-partage produit, d'ailleurs, entre les descendants apporportionnés les effets ordinaires du partage de la succession.

C'est ainsi qu'ils sont réciproquement tenus de l'obligation de garantie que les articles 884 et suivants impo-

(1) Req. rej., 7 août 1860, Sir., 61, 1, 977.

sent aux copartageants. Cette décision, généralement admise déjà dans l'ancien droit, est aujourd'hui la conséquence logique et nécessaire de ce que la répartition de l'ascendant doit se faire en proportion des droits héréditaires des enfants et qu'elle est rescindable pour lésion.

L'action en garantie sera munie du privilège des copartageants. Et ce même privilège sera attaché à la créance pour soulte ou retour des lots (art. 2103 et 2109). Le délai de soixante jours que la loi accorde pour son inscription date du jour même du partage. Il courra donc du moment du décès de l'ascendant quand bien même le testament ne parviendrait que plus tard à la connaissance des copartagés. Nous ne contestons pas que cela puisse aboutir quelquefois à la négation du privilège; mais c'est au décès que le privilège prend naissance, et il faudrait une disposition expresse de la loi pour en suspendre l'inscription ⁽¹⁾.

Puisque c'est à titre d'héritiers que les descendants reçoivent leurs lots, ils continuent la possession de l'ascendant. Ils ne trouvent pas dans son testament un juste titre pour prescrire par dix ou vingt ans les biens qui les composent. Le testament-partage n'est pas plus un titre d'acquisition que le partage ordinaire.

(1) Cass., 7 août 1860, cité ci-dessus; Demol., n° 116; Genty, p. 203; Réquier, n° 70. — M. Lyon-Caen fait observer avec raison que cette anomalie n'est pas réservée au seul cas d'un partage d'ascendant; qu'elle se présenterait aussi au cas où un légataire, qui voudrait inscrire son privilège de séparation des patrimoines, n'aurait connu le testament que plus de six mois après le décès du testateur : puisque la loi fixe expressément le délai d'inscription au moment de l'ouverture de la succession (*Th. de doct.*, p. 219; *Contrà*, Aubry et Rau, t. III, § 278, note 26).

Le droit de chaque descendant est exclusivement limité aux biens placés dans son lot. Il les tient directement de l'ascendant. C'est cette spécialisation de droits, cette substitution d'un droit exclusif sur quelques-uns des objets de sa succession à un droit indivis sur son patrimoine tout entier, que celui-ci a recherché par son partage testamentaire : il a voulu prévenir l'indivision entre ses enfants. Cet effet découle du partage ordinaire : il tient à son caractère déclaratif (art. 883). Mais, tandis que dans le partage d'ascendant il est la conséquence de la réalité même des choses, il n'est dans le partage ordinaire que le résultat d'une fiction, puisqu'il fait abstraction de l'état d'indivision qui a nécessairement subsisté entre les héritiers dans l'intervalle de l'ouverture de la succession au partage. On a voulu tirer de cette distinction théorique quelques conséquences pratiques.

Assurément le testament-partage produira d'abord, tout le monde est d'accord sur ce point, les effets que produit le partage ordinaire en conséquence de son caractère déclaratif. Le droit des copartagés aura, dès son origine, été limité aux objets placés dans leurs lots. Si l'ascendant, dans le cas où il le peut, a réparti inégalement ses meubles et ses immeubles, donnant plus d'immeubles aux uns qu'aux autres, ou même composant certains lots exclusivement de meubles ou d'immeubles, le droit des copartagés aura toujours été purement mobilier ou immobilier, ou mixte dans la proportion que l'ascendant a bien voulu établir; la communauté ne s'enrichira d'aucun des immeubles qui seront échus à la femme, mais elle gardera, à l'inverse, tous les meubles; la femme dotale qui se serait constitué en dot tous ses immeubles présents et futurs, avec faculté de les aliéner

sous condition de remploi, ne pourrait exiger aucun remploi si elle n'avait reçu que des objets mobiliers dans la succession mixte de l'ascendant ⁽¹⁾.

On décide, au contraire, avec raison, que la soulte mise dans un partage ordinaire pour former ou parfaire un lot, alors que les autres se composent de biens héréditaires immobiliers, prend le caractère de droit immobilier à l'égard de celui qui la reçoit. Ainsi, la soulte attribuée dans ces circonstances à la femme commune en biens lui restera propre; et elle sera remployée si elle tombe dans le lot de la femme dotale. L'effet déclaratif n'a rien à voir ici : il ne s'applique qu'aux objets faisant partie de la succession elle-même. Il n'y avait que des immeubles dans la succession; on n'a donc pu succéder qu'à des immeubles : la soulte n'est que le prix de la portion à laquelle on a droit comme héritier dans les biens immobiliers.

Eh bien! faut-il appliquer cette dernière décision au partage d'ascendant? Non, ont dit quelques jurisconsultes : la soulte sera mobilière; car les copartagés n'ont jamais été copropriétaires, n'ont jamais été dans l'indivision. La soulte parfait le lot de la femme, mais ne peut représenter pour elle les immeubles placés dans les autres lots, puisqu'elle n'a jamais eu aucun droit sur eux ⁽²⁾. Cette opinion est erronée. Il n'y a pas lieu de distinguer entre le partage ordinaire et le partage d'ascendant; tous les deux supposent nécessairement l'indivision. C'est sa

(1) Ces décisions sont, du moins, celles qu'admettent très-généralement la jurisprudence et la doctrine. Pothier, *Com.*, n° 100; Trop-
long, n° 444; Genty, p. 203; Duranton, t. XIV, n° 118; Réquier,
n° 72.

(2) Caen, 15 fév. 1837 et 5 nov. 1845, *Sir.*, 46, 2, 246.

succession indivise, telle qu'elle arrivait à ses héritiers, que l'ascendant a partagée entre eux. Il n'a fait qu'un acte de distribution (art. 1075). Est-ce que sans cela existeraient l'obligation de garantie, le privilège des copartageants, l'action en rescision pour lésion de plus du quart (1)?

Ceux qui voient dans les copartagés de simples légataires seraient bien forcés logiquement de rendre toujours la soulte mobilière. Cependant ils ne le font pas, en général, sous prétexte que l'immutabilité du contrat de mariage s'oppose, au moins dans la limite de la réserve, à ce que l'ascendant porte atteinte à ses dispositions : le lot déferé au conjoint par un testament-partage représentera donc sa part dans la succession *ab intestat*, et sera régi comme telle relativement au contrat de mariage.

Nous venons de voir quels effets produit le partage testamentaire lorsque les enfants acceptent la succession. Il peut arriver que le testament-partage, parfaitement valable à l'origine, ne produise aucun effet à la mort de l'ascendant; qu'il soit frappé de caducité. Il sera caduc par suite du prédécès, de la renonciation, de l'indignité de tous les copartagés, ou de tous sauf un, ou par suite de la perte de tous les biens distribués.

La perte de biens partielle pourrait aussi atteindre quelquefois le partage en entier en absorbant toute la part d'un des descendants (art. 1078), ou bien même en la réduisant à moins des trois quarts de sa consistance normale (1079).

Quant aux autres causes de caducité, elles pourraient

(1) Réquier, nos 72 et 73; Genty, p. 205; Demol., n° 118; Aubry et Rau, § 733; Laurent, t. XV, n° 82.

atteindre impunément un ou quelques-uns seulement des copartagés : le partage n'en continuerait pas moins à valoir à l'égard des autres.

60. — La part du renonçant ou de l'indigne reste dans la succession de l'ascendant et donne lieu à un partage supplémentaire dans la proportion des droits héréditaires des autres copartagés (art. 1077). Il en est de même de la part de l'enfant prédécédé sans postérité. M. Troplong a bien enseigné, il est vrai, que dans ce dernier cas le partage tout entier devait être caduc, parce que les éléments sur lesquels l'ascendant a opéré ne se trouvent plus les mêmes au moment de son décès, et que, du reste, souvent c'était le seul moyen d'éviter le morcellement préjudiciable à tous (n° 2319). Il nous est impossible d'admettre cette opinion, car on ne doit point suppléer les causes de caducité; et puis le plus souvent le copartagé précède d'assez longtemps l'ascendant dans la tombe pour lui permettre de retoucher ses dispositions, s'il en a véritablement le désir⁽¹⁾.

Le copartagé prédécédé a pu laisser une postérité. Il est bien évident que ses enfants, arrivant par représentation à la succession de l'ascendant, ont droit à ce titre à une part de son patrimoine. Prenent-ils celle que l'ascendant avait réservée à leur père, ou bien pourront-ils demander un nouveau partage? Cette question a été plus discutée que la précédente.

On a soutenu assez vivement que le partage d'ascendant était anéanti dans ce cas. La part du prédécédé est

(1) Réquier, n° 75; Genty, p. 209; Demol., t. VI, n° 107; *Contrà* Dalloz, *Rec. alph.*, h. v. n° 4595.

caduque, a-t-on dit : ses descendants n'ont donc aucun droit sur les biens qui lui ont été attribués (art. 1039). L'enfant apportonné n'existe plus ; ses descendants ne le sont pas et on ne peut leur appliquer le principe de la représentation qui ne fonctionne pas dans le cas de testament. Le partage tombe donc sous le coup de la nullité de l'article 1078. D'ailleurs, maintenir le partage serait le plus souvent aller contre la volonté de l'ascendant. Il a probablement composé les lots en considération des aptitudes et des besoins de chacun de ses enfants, et Dieu sait si ceux du père sont toujours ceux du fils ! Et s'il a formé le lot du prédécédé d'un bien impartageable, son intention ne sera-t-elle pas manifestement faussée si ce lot doit désormais appartenir à deux ou trois personnes ⁽¹⁾ ?

Nous avons démontré plus haut que le partage testamentaire n'enlevait pas aux héritiers leur vocation légitime. Ce n'est donc pas l'article 1039 qu'il faut appliquer ici, mais l'article 740 qui porte que « la représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante. » Sans doute l'enfant prédécédé ne pourra recueillir sa part ; elle sera, si l'on veut, caduque à son égard ; mais c'est seulement en vertu de l'article 725 : « Pour succéder il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. » « La vocation s'évanouit bien à l'égard du représenté, dit M. Genty : mais la loi ne la laisse

(1) Bordeaux, 2 mars 1832, Sir., 32, 2, 283 ; Agen, 23 mars 1847, Sir., 48, 2, 1, et les observations du recueil. — C'était l'opinion de Davot jadis : « J'ai eu soin, dit-il, de répéter à chaque enfant cette clause : *et à son défaut les siens*, pour éviter le vice d'une prétérition totale, si l'un des enfants du premier degré venait à prédécéder, laissant des petits-enfants » (t. III, p. 166). Laurent, XV, p. 136.

pas tomber : elle la soutient et la fait passer sur la tête des représentants qu'elle substitue au représenté. » Donc l'article 1078 est étranger à cette hypothèse. Il prévoit seulement le cas où l'ascendant aurait omis un de ses enfants dans sa distribution, auquel cas le partage est nul et non caduc. L'article 1039 doit d'autant moins s'appliquer ici que le motif sur lequel il est fondé fait défaut. Si toute disposition testamentaire est caduque, en effet par le prédécès de celui en faveur de qui elle est faite, c'est qu'elle est dictée exclusivement par des considérations personnelles, tandis que la cause de l'attribution d'un lot dans le partage de l'ascendant est la seule qualité d'héritier du copartagé, qualité qui, par la représentation, se transmet à ses descendants.

L'ascendant aurait peut-être composé ses lots d'une autre façon, objecte-t-on. Mais il n'est pas certain d'abord qu'il ait opéré sa répartition en considération des convenances de chacun de ses enfants : il a pu vouloir seulement leur éviter les désagréments ou les frais d'un partage à sa mort. En admettant même que des considérations personnelles aient pu influencer sur sa distribution, il doit être réputé avoir accepté les changements survenus par le prédécès de l'un des copartagés s'il est mort assez longtemps après lui pour avoir pu remanier son testament. Enfin, le dernier argument, fondé sur la formation du lot du prédécédé avec un bien impartageable, ne peut avoir d'existence que si le mort a laissé plusieurs enfants. Nous maintiendrions quand même le partage dans le cas exceptionnel où le décès de l'ascendant aurait suivi de trop près celui du copartagé pour lui permettre de retoucher son partage, basé sur les besoins spéciaux et complètement différents de chacun de ses enfants, ou

attribuant un lot indivisible à l'enfant prédécédé en laissant plusieurs représentants; car des considérations d'utilité ne sauraient l'emporter sur les principes, et il est impossible d'annuler les dispositions d'un partage d'ascendant en vertu d'un article qui ne leur est pas applicable.

Nous ne nous arrêterons pas à l'argument de ceux qui prétendent que l'article 1078 exige pour la validité du partage que la subdivision soit faite entre les petits-enfants venant par représentation. Nous ne pouvons trouver cette règle dans l'article 1078 (1).

Pour prévenir toute difficulté l'ascendant agirait sagement en substituant à ses enfants leurs propres descendants pour le cas où leurs auteurs viendraient à prédécéder. M. Bertauld, qui ne voit dans les copartagés que des légataires, admet cette clause de substitution tacite et, partant d'un principe différent, arrive ainsi au même résultat que nous (2). Sa théorie nous paraît tout au moins hasardée.

Si, au lieu d'un seul copartagé, comme nous l'avons supposé jusqu'ici, tous étaient prédécédés en laissant des représentants, le partage subsisterait toujours : le lot de chacun des prédécédés serait attribué à sa souche.

L'enfant renonçant ou indigne ne peut être représenté (art. 744). Si donc quelques-uns des copartagés se trou-

(1) Genty, p. 209; Troplong, t. IV, 2320 et 2324; Toullier, V, 814; Duranton, IX, 641; Marcadé, art. 1078; Colmet de Sant., IV, 243 bis, VIII; Lyon-Caen, *Th. de doct.*, p. 222; Demol., t. VI, n° 109; Réquier, n° 74; Aubry et Rau, § 730, texte et note 7; Riom, 26 nov. 1828, Sir., 29, 2, 174; Limoges, 29 février 1832, Sir., 32, 2, 282; Montpellier, 7 février 1850, Sir., 50, 2, 561.

(2) Bertauld, *Questions prat.*, II, n° 147.

vent dans cette situation, leurs parts accroîtront aux autres. Le partage tomberait s'ils étaient tous renonçants ou indignes, car leurs descendants n'ont aucun titre pour recueillir leurs lots. Ils viendront de leur propre chef demander une nouvelle répartition de la succession. Celle de l'ascendant ne serait, d'ailleurs, plus, en général du moins, dans la proportion de leurs droits héréditaires, puisqu'ils succèdent par têtes et non par souches. La substitution serait ici le seul remède pour prévenir la chute du partage de l'ascendant. Encore faudrait-il, lorsque les copartagés ont eux-mêmes plusieurs enfants, qu'elle comprît un partage subsidiaire établi sur une nouvelle base pour le cas où leurs pères seraient indignes ou renonçants.

SECTION II.

Effets du partage entre-vifs.

SOMMAIRE.

- 61. — Il est important auparavant d'être fixé sur la nature du partage entre-vifs.
- 62. — Différentes théories.
- 63. — Divers points de vue où il faut se placer pour examiner les effets du partage entre-vifs pendant la vie de l'ascendant.
- 64. — Rapports de l'ascendant avec les descendants.
- 65. — Rapports de l'ascendant avec les tiers.
- 66. — Doit-on réunir les biens partagés aux autres biens pour le calcul de la quotité disponible de l'ascendant ?
- 67. — Rapports des descendants entre eux du vivant de l'ascendant.
- 68. — Rapports des descendants avec les tiers du vivant de l'ascendant.

- 69. — Les descendants sont-ils assujettis aux dettes de l'ascendant de son vivant?
- 70. — A la mort de celui-ci apparaît rétroactivement le caractère de partage.
- 71. — Celui de donation ne disparaît pas.
- 72. — Les descendants deviennent des copartagés.
- 73. — A deux conditions : 1° il faut que la donation n'ait pas été anéantie;
- 74. — Et, 2°, que les descendants arrivent à la succession de l'ascendant.

61. — Le partage entre-vifs, à la différence du partage testamentaire, produit des effets du vivant même de l'ascendant.

Quels effets produit-il? C'est là une grosse et difficile question, sur laquelle la jurisprudence et la doctrine sont loin d'être d'accord. Tout dépend de la nature et du caractère que l'on reconnaît à la donation-partage. Si l'entente était faite sur ce point, on verrait bien vite, il nous semble, après peut-être quelques oscillations de courte durée, se fixer pour tous les effets du partage entre-vifs.

Il est vrai que plusieurs jurisconsultes n'admettent pas en notre matière la déduction logique. Il faut « se méfier de ce qui est logique et simple, » dit M. Laurent (XV, p. 125). « A vouloir présenter sur cette matière une théorie tout d'une pièce, on arriverait fatalement à des résultats contraires à la raison, à l'équité et par conséquent à la commune intention des parties, » écrit M. Demolombe (n° 135). « Problème fort difficile, en effet, s'écrie M. Bonnet (I, n° 89), problème insoluble suivant nous, pour qui, trop servilement attaché aux règles d'une doctrine inflexible, se tiendrait constamment au point de vue exclusif, soit des dispositions à

titre gratuit, soit du partage de droit commun..... » Pour nous, nous ne nous croyons pas le droit d'abandonner les règles de la logique, tant du moins que le législateur ne l'aura pas ordonné.

Trois systèmes principaux ont surgi en cette matière. Nous examinerons ici surtout la base de ces systèmes, en nous contentant d'indiquer quelques-unes de leurs principales conséquences : nous verrons les autres dans le courant de la discussion.

62. — A. Le premier, qui a prévalu dans la jurisprudence pendant presque toute la première moitié du siècle ⁽¹⁾, et que vient de reprendre M. Laurent (XV, p. 417), considère le partage entre-vifs comme une ouverture anticipée de la succession de l'ascendant. Les copartagés ont donc immédiatement les actions en garantie et en paiement de soulte, avec le privilège des articles 2103 et 2109, et aussi les actions qui tendent à faire annuler le partage, telles que les actions fondées sur l'article 1079. L'action en nullité du partage pour omission d'un descendant, seule, vu le texte formel de l'article 1078, qui ne parle que des descendants existant au moment du décès de l'ascendant, ne pourra être intentée du vivant de celui-ci. Cette opinion ne compte plus aujourd'hui que de rares partisans. M. Demolombe a pu même dire qu'elle était hors de combat. C'est qu'elle est trop contraire à la maxime : *nulla viventis hereditas* art. 718. Et si le législateur avait jugé opportun de déroger ici à cette règle fonda-

(1) Req., 12 juillet 1836, Sir., 36, 1, 534; Req., 4 février 1843, Sir., 43, 1, 303.

mentale, n'aurait-il pas exigé que tous les héritiers fussent compris dans le partage de la première succession comme dans celui de la seconde? Nous devons cependant, pour être juste, faire remarquer que ce système serait assez simple en pratique et pourrait éviter bien des difficultés. Aussi M. Barafort voudrait-il que le pouvoir législatif rendît légale la première interprétation de la jurisprudence ⁽¹⁾.

B. Ce ne peut être un partage de présuccession, dit le second système ⁽²⁾, mais il y a cependant partage immédiatement. Sans doute l'abandon de l'ascendant est soumis à toutes les règles de la donation entre-vifs; mais c'est parce que l'ascendant a voulu faire quelque chose d'actuel et d'irrévocable. A la différence de ce qui se passe dans le partage testamentaire, son intention ici a été de conférer à ses enfants une propriété incommutable qui ne sera même pas à sa mort sujette à rapport. Il a établi immédiatement et définitivement entre ceux-ci des rapports de copartagés, qui produiront entre eux, indépendamment même de leur qualité d'héritiers présomptifs, les relations qui résultent d'un partage ordinaire. Ce ne sont pas, en effet, des attributions individuelles et indépendantes qu'il a entendu faire; il a déclaré faire un partage des biens donnés. Le partage entre-vifs présente donc dès le moment de sa confection le double caractère de donation et de partage.

Pour qu'il y ait partage *hic et nunc*, il faut nécessairement qu'il y ait eu d'abord indivision entre les des-

(1) Barafort, *Partages d'ascendants*, p. 144.

(2) Colmet de Santerre, IV, 243 *bis*, XV; Réquier, n^{os} 91 et suiv.; Bonnet, I, 107 et suivants; Aubry et Rau, t. VIII, § 728, note 2; Bertauld, *Quest. prat.*, II, n^o 106.

cendants. L'ascendant a commencé par se dépouiller en bloc au profit de tous ses descendants, dit M. Colmet de Santerre (1); puis il a fait cesser à l'instant même cet état d'indivision au moyen d'attributions individuelles. C'est l'opinion la plus générale. M. Réquier, au contraire, trouve la base de ce partage dans la vieille idée romaine qui rendait les enfants copropriétaires du patrimoine paternel (2). D'autres, comme M. Bonnet, se contentent de dire : « C'est un partage que s'est proposé l'ascendant; les descendants sont dès à présent ce qu'il a voulu qu'ils fussent, des donataires copartagés (3). »

Ce partage de choses communes deviendra partage de la succession à la mort du donateur. Les copartagés pourront donc exercer toute suite les actions qui découlent du partage : actions en paiement de soulte et en garantie, accompagnées du privilège du copartageant, action en rescision pour lésion de plus du quart; et seulement à la mort de l'ascendant celles qui prennent leur source dans leur qualité d'héritiers, telles que l'action en nullité pour omission ou pour atteinte à la réserve (1078, 1079 *in fine*).

Cette opinion, très-spécieuse assurément, ne nous paraît pas cependant conforme à l'intention de l'ascendant. Il a voulu faire un partage, certainement; mais un partage entre ses héritiers. On ne peut donc considérer les descendants comme copartagés qu'autant qu'ils seront héritiers. *Prius est esse quam esse tale*.

Nous ne pouvons mieux faire, du reste, pour com-

(1) Colmet de Sant., IV, 243 *bis*, XV.

(2) Réquier, n° 116.

(3) A. Bonnet, I, n° 116.

battre la théorie des nombreux et éminents jurisconsultes qui se sont faits ses propagateurs que de relever leurs divergences et leurs flagrantes contradictions dans l'application de leur doctrine. Nous avons déjà vu combien peu ils étaient d'accord sur la base de l'indivision qui doit préexister au partage. Ils le sont encore moins dans les conséquences qu'ils tirent du principe de l'existence actuelle dans le partage entre-vifs du double caractère de donation et de partage.

Seul logique, M. Colmet de Santerre donne aux descendants, pendant la vie du donateur, le droit d'agir en garantie et en rescision pour lésion de plus du quart, avec l'exercice du privilège des copartageants; et il conserve ce droit même à ceux qui renoncent plus tard : la succession de l'ascendant (1).

MM. Aubry et Rau ne font pas de distinction non plus entre la situation du donataire copartagé pendant la vie de l'ascendant et celle de l'enfant indigne ou renonçant à ils ont tous deux l'action en garantie et le privilège de l'article 2103. Mais l'action en rescision pour lésion n'est jamais accordée à l'enfant qu'en sa qualité d'héritier; tant qu'il ne l'a pas revêtue il ne tient son lot que de la libéralité de l'ascendant et n'a par conséquent aucun droit à l'égalité (2).

C'est à peu près la même solution que donne M. Réquier. Seulement, tout en ne permettant d'agir en rescision qu'au décès de l'ascendant, il déclare que cette action a pris naissance dès le jour même de la donation (3).

(1) Colmet de Sant., IV, 247 *bis*, VII à IX.

(2) Aubry et Rau, § 734, texte et notes 4 et 19.

(3) Réquier, nos 235 et 236.

M. Bonnet donne aussi toutes les actions au copartagé renonçant; mais il refuse pendant la vie de l'ascendant les actions en garantie et en rescision pour lésion, ainsi que le privilège des copartageants, en reportant la naissance au moment de l'ouverture de la succession (1).

C. Le troisième système est celui de la Cour de cassation depuis 1847 (2). Il eut la bonne fortune d'être popularisé à son berceau par M. Genty, dont le savant traité *des partages d'ascendants* est un des ouvrages les plus considérables et les plus complets sur la matière. Presque toutes les Cours d'appel l'ont actuellement adopté et il semble désormais profondément ancré dans la jurisprudence française. Pour lui, comme pour les autres, la nature de la donation-partage est complexe; le mot lui-même l'indique : elle comprend une donation et un partage. Seulement ces deux caractères ne coexistent pas dès le moment où l'ascendant se dépouille de ses biens. Son abandon constitue bien une donation immédiate et définitive; mais elle ne constitue qu'un partage éventuel de sa succession entre les donataires, ses héritiers présomptifs. L'ascendant a opéré par avance le partage de son patrimoine pour en éviter à ses descendants, après sa mort, les difficultés et les frais. Il a voulu prévenir pour eux les inconvénients de l'indivision imminente à ce moment-là; et c'est précisément cette indivision future qui sert de base au partage d'ascendant. Et puisque

(1) Bonnet, II, 522 et suiv.; ajout. Bertauld, II, n° 114.

(2) Cass., 30 juin 1847, Sir., 47, 1, 481; Genty, p. 214 et suiv.; Lyon-Caen, *Th. de doct.*, p. 227 et suiv.; Demol., n°s 122 et suiv.; M. Demolombe, qui admet la base de ce système, se sépare illogiquement de ses partisans et de la jurisprudence dans la détermination des effets du partage entre-vifs.

c'est sa succession qu'il a ainsi entendu distribuer par avance, il est bien évident que son acte ne sera véritablement un partage que lorsque les donataires auront définitivement pris la qualité d'héritiers.

On a objecté que l'intention du donateur, telle que ce système la suppose, pourrait se trouver complètement contrariée, si en définitive les donataires apportionnés n'arrivaient pas à la succession. Ne les a-t-il pas, en effet, gratifiés qu'en considération de leur qualité d'héritiers présomptifs? Et voilà qu'ils perdent cette qualité et que cependant ils gardent les biens qui leur ont été attribués! Cette considération a assurément son mérite. Mais la même anomalie peut se présenter dans l'hypothèse d'une donation en avancement d'hoirie. C'est bien, en effet, dans ce cas aussi le titre d'héritier présomptif qui est la cause intentionnelle de la donation; et cependant si le gratifié renonce à la succession du donateur, il gardera la libéralité, du moins dans les limites de la quotité disponible. Jadis aussi les démissionnaires qui n'arrivaient pas à la succession perdaient les biens qui leur avaient été abandonnés; et les dons individuels en avancement d'hoirie, dans le très-ancien droit et même dans quelques coutumes encore après leur réformation, étaient sujettes à rapport même dans le cas où le donataire n'était pas en définitive héritier. Moins respectueux peut-être de la volonté du disposant, mais plus soucieux du crédit public, le Code jugea meilleur que le donataire pût compter à coup sûr sur son bien ⁽¹⁾. Il n'y a donc pas plus d'inconséquence à donner le nom de partage à un acte qui pourra quelquefois n'être jamais un partage qu'à qualifier d'avan-

(1) Genty, p. 248.

cement d'hoirie une donation faite à quelqu'un qui ne sera peut-être pas héritier. La raison de cette anomalie, c'est que pour qualifier ces deux opérations on s'attache uniquement au but que le disposant se proposait d'atteindre, sans regarder s'il l'a en définitive vraiment atteint.

N'est-ce pas avec raison, continuent les défenseurs de cette doctrine, que nous avons été amenés à établir une comparaison entre la donation-partage et la donation en avancement d'hoirie? Ne participent-elles pas, en effet, de la même nature? N'ont-elles même pas tant de rapports entre elles qu'on peut dire que la première n'est qu'une espèce particulière de la seconde? Car toutes les deux constituent pour le donataire une transmission gratuite, actuelle et anticipée des biens qu'il devait prendre dans la succession du disposant. Seulement, au lieu d'être un avancement d'hoirie individuel, la donation-partage est un avancement d'hoirie collectif, fait à tous les héritiers présomptifs dans la proportion de leurs droits héréditaires. C'est précisément ce caractère spécial du partage entre-vifs qui crée et explique les points de dissemblance entre l'avancement d'hoirie simple et l'avancement d'hoirie collectif : l'un sujet à rapport quand le donataire arrive à la succession du donateur; car celui-ci n'a pas voulu l'avantager; l'autre, au contraire, dispensé de plein droit du rapport, lequel n'étant qu'une opération préliminaire du partage, ne peut plus désormais avoir lieu puisque le partage a été fait du vivant de l'ascendant. Le rapport, d'ailleurs, a pour but de rétablir l'égalité entre les copartageants; et l'ascendant a dû nécessairement l'observer dans sa distribution puisqu'elle est une des conditions de validité du partage d'ascendant.

Donc, dans cette doctrine, les descendants, durant la vie de l'ascendant, ne détiennent les biens qu'il leur a abandonnés qu'à titre de pure libéralité. Ils n'avaient, en effet, aucun droit préexistant; ils n'ont maintenant que ceux des donataires. Mais à son décès ils auraient eu un véritable droit sur son patrimoine, en dehors même de sa volonté. A ce moment seulement donc il peut être question de plainte et de droit lésé; à ce moment seulement apparaît le caractère de partage avec les actions et garanties auxquelles il peut donner naissance.

Nous avons d'abord pensé à adopter ce système, excessivement simple, et qui nous paraissait en harmonie avec l'intention présumée de l'ascendant. Les conséquences pratiques, souvent pleines d'inconvénients, nous le verrons bientôt, que son adoption entraîne forcément, nous ont fait hésiter. Nous aurions voulu trouver un système qui nous satisfît à la fois au point de vue théorique et au point de vue pratique.

Il ne serait pas, croyons-nous, impossible à trouver. Ne pourrait-on pas, en effet, considérer les descendants apportionnés comme des copartagés sous condition suspensive ⁽¹⁾? N'y a-t-il pas entre les descendants, dès l'instant de l'acceptation de la donation-partage des rapports de copartagés sous la condition qu'ils auront au décès de l'ascendant la qualité d'héritiers? Ce n'est qu'à ce moment qu'on saura certainement si les enfants auraient eu vraiment droit aux biens du donateur, s'il y a partage par conséquent; mais s'il y a partage à ce moment, le partage aura existé de tout temps, il aura rétroactivement effet de jouir de la donation. La base de

(1) Voyez une thèse de doctorat de M. Chomel, de 1874.

ce partage, l'indivision préexistante qui doit lui servir de fondement, c'est le droit des héritiers à la réserve. Et, c'est parce que les descendants ont sur la succession de leurs ascendants un droit que ceux-ci ne sauraient leur enlever, que la donation revêt à leur égard le caractère de partage. Qu'a voulu, d'ailleurs, l'ascendant? S'il n'a pas fait à ses enfants, ses héritiers réservataires, ayant droit à sa succession, des donations purement individuelles, sujettes par conséquent au rapport plus tard, c'est qu'il a voulu leur éviter, en faisant lui-même la répartition équitable de ses biens, tout motif de contestation ou de division au moment de sa mort. Tant que leur qualité d'héritiers est en suspens, le partage aussi est en suspens; si elle ne se réalise pas, il n'y aura jamais eu qu'une donation; si elle se réalise, le caractère de partage aura toujours existé. Au lieu de dire donc que le partage entre-vifs est un partage actuel et certain, comme le deuxième système, ou qu'il n'est qu'un partage simplement éventuel, ne pouvant jamais prendre naissance qu'au décès de l'ascendant, comme l'enseigne la jurisprudence, nous l'envisagerons comme un partage conditionnel, c'est-à-dire remontant au jour même de la confection de la donation si les donataires remplissent la condition, deviennent définitivement héritiers de l'ascendant, n'ayant, au contraire, jamais eu d'existence, s'ils n'arrivent pas à la succession. Cela permettra aux descendants de prendre, durant la vie de l'ascendant, toutes les mesures conservatoires de leur droit conditionnel. Ils ne pourront pas assurément exercer encore les actions en rescision ou en garantie, ni prendre aucune mesure d'exécution ou de résolution, puisque *pendente conditione* les actes de conservation seuls sont

permis; mais ils auraient le droit, par exemple, de concourir à la faillite de leur codonataire pour le montant de leur créance conditionnelle de garantie, ou de prendre immédiatement inscription du privilège des copartageants, puisque sa naissance remontera au jour même de la donation, s'ils sont en définitive héritiers (art. 2132). Ce privilège qui accompagne en même temps que la créance en garantie la créance en paiement de soulte, ouverte immédiatement puisqu'elle prend sa source dans la donation même, ne pourra pas être exercé dans cette dernière hypothèse durant la vie de l'ascendant, car ce n'est qu'au moment de sa mort qu'il y a sûrement des copartageants. Nous verrons, dans la suite de la discussion, en quels points ce système se sépare dans ses conséquences des autres systèmes, et principalement de celui de la jurisprudence, et quels avantages il présente sur eux.

Après cette laborieuse recherche sur la nature du partage entre-vifs, il va nous être facile d'en indiquer les effets. Nous les étudierons à deux époques différentes : 1^o pendant la vie de l'ascendant; 2^o après sa mort.

§ 1.

Des effets du partage entre-vifs pendant la vie de l'ascendant.

63. — Pour en examiner avec plus de clarté toutes les conséquences il est indispensable de se placer successivement à quatre points de vue, de les étudier :

1^o Dans les rapports entre l'ascendant et les descendants;

- 2° Dans les rapports entre l'ascendant et les tiers ;
- 3° Dans les rapports des descendants entre eux ;
- 4° Dans les rapports des descendants avec les tiers.

1° Rapports entre l'ascendant et les descendants.

64. — Dans leurs rapports entre eux l'ascendant doit être considéré comme un simple donateur et les descendants comme des donataires ordinaires.

L'ascendant s'est dépouillé actuellement et irrévocablement en leur faveur. Mais il pourra révoquer sa disposition, d'après les règles de droit commun, pour inexécution des charges ou pour ingratitude ⁽¹⁾.

Sera-t-elle aussi révoquée de plein droit pour survenance d'enfant ? Ce cas semble d'abord impossible à admettre, puisque le partage d'ascendant nécessite la présence de descendants. Cependant il se présentera dans l'hypothèse excessivement rare où le donateur ayant distribué ses biens entre ses enfants adoptifs, il lui surviendrait un enfant légitime ou naturel qu'il légitimerait ⁽²⁾. Qu'on ne dise pas que dans ce cas la révocation pour survenance d'enfant est superflue, puisque l'article 1078 annule le partage pour omission d'enfant. Il y a, en effet, cette grande différence entre la nullité de l'article 1078 et la révocation pour survenance d'enfant, que celle-ci agit immédiatement et de plein droit et qu'elle anéantit à tout jamais la donation-partage, tandis que celle-là n'atteint le

(1) Limoges, 24 juin 1836, Sir., 36, 2, 292 ; Bordeaux, 5 juin 1850, D. 1852, 2, 132.

(2) Du moins dans l'opinion de ceux qui, comme nous, admettent que la présence d'un enfant adoptif n'est pas un obstacle à la révocation pour survenance d'enfant.

partage que si l'enfant omis survit à l'ascendant et accepte sa succession.

La donation-partage est aussi sujette à nullité soit pour vice de droit commun, tel que le dol, la violence et l'incapacité, soit pour inobservation des règles spéciales aux donations.

L'action en révocation, en nullité ou en rescision n'appartient jamais qu'à l'ascendant : seul, en effet, il peut avoir intérêt à l'anéantissement de la donation.

La révocation ou la rescision produit d'ailleurs ses effets ordinaires à l'égard des descendants et des tiers.

Totale, elle anéantit le partage dans son entier. Partielle, elle ne frappe qu'un ou quelques-uns des donataires, et laisse subsister la donation vis-à-vis des autres. C'est ainsi que l'inexécution des charges, l'ingratitude ou le dol de la part d'un des descendants ne privera pas les autres de la portion qu'ils ont reçue dans la distribution de l'ascendant : la donation subsiste à leur égard. Nous aurons à nous demander, quand nous nous occuperons des effets de la donation-partage à la mort de l'ascendant, si cette révocation ou rescision partielle n'anéantit pas l'acte en tant que partage.

Si l'ascendant seul peut, comme nous venons de le dire, exercer les actions en nullité et en révocation de sa donation, il ne saurait, en revanche, exercer les actions dont le but tend à l'anéantissement de l'acte envisagé comme partage, car son opération ne revêt jamais ce caractère à son égard. Ces actions ne compètent qu'aux intéressés, c'est-à-dire à ceux qui interviennent dans l'acte comme copartagés. Ce principe est incontestable et reconnu par tous ; mais son application peut parfois offrir quelque difficulté.

Ainsi une femme dotale a fait entre-vifs le partage de ses biens en y comprenant même ceux frappés de dotalité. Puis plus tard elle invoque la nullité de la donation quant à ces derniers. Pourra-t-elle demander l'anéantissement de l'opération tout entière en se fondant sur ce qu'elle se trouve désormais complètement défigurée?

Ou bien encore deux époux mariés sous le régime dotal font conjointement le partage de leurs biens; et quelque temps après la femme invoque le principe de l'inaliénabilité dotale pour reprendre ses biens dotaux. Seront-ils reçus à demander la nullité complète de la donation-partage?

Non, dit M. Genty, car l'acte, constituant une donation, peut être révocable quant aux biens dotaux, mais est irrévocable quant aux autres biens (1).

Nous croyons cependant que dans la deuxième hypothèse le mari pourrait invoquer la nullité de sa donation en se fondant sur ce que la donation faite par la femme était la condition de la sienne; et qu'ensuite la femme serait admise, pour le même motif, à demander la nullité du reste de sa libéralité (2).

La question nous semble plus difficile à résoudre pour la première hypothèse. On pourrait peut-être permettre à la femme dotale de demander la nullité de la donation entière, car son intention n'a pas été seulement de faire une libéralité, mais d'opérer le partage de ses biens entre ses héritiers présomptifs pour leur éviter tout sujet de contestation à sa mort (3).

(1) Genty, p. 230 et 231.

(2) Demol., t. VI, n° 126; Réquier, n° 84; Cass., 5 janvier 1846, D. 1847, 1, 465.

(3) Réquier, n° 84.

La disposition de l'ascendant étant une donation à son égard, il sera soumis aux obligations du donateur. Il devra donc faire à ses descendants la délivrance des biens donnés. Faute d'exécuter cette obligation, il sera tenu comme un débiteur ordinaire à des dommages-intérêts.

Il ne doit pas à ses descendants la garantie pour trouble ou éviction provenant de l'existence antérieure d'un droit au profit d'un tiers. Il y serait obligé toutefois, d'après les règles de droit commun, si la donation avait été faite à titre de constitution de dot, ou bien encore à raison d'hypothèques existant de son chef sur les biens donnés (art. 2178, 1440 et 1547).

Les descendants sont-ils tenus des dettes de l'ascendant par le seul fait qu'il leur a distribué ses biens? Nous examinerons cette question quand nous traiterons des effets de la donation-partage dans les rapports des descendants avec les tiers.

2^o Rapports entre l'ascendant et les tiers.

65. — La donation-partage entraîne le dessaisissement actuel et irrévocable de l'ascendant à l'égard des tiers, pourvu, bien entendu, que les conditions de publicité exigées par la loi pour leur sécurité : transcription des biens susceptibles d'hypothèque, notification des créances cédées au débiteur ou acceptation de sa part, mise en possession des biens mobiliers, aient été accomplies. Jusque-là l'ascendant reste légalement propriétaire; il peut valablement aliéner les biens compris dans son partage; seulement il s'expose dans ce cas à un recours en indemnité de la part de ses descendants.

Les créanciers du donateur peuvent attaquer ses dispositions en vertu de l'action Paulienne. La complicité des descendants n'est aucunement nécessaire ⁽¹⁾.

66. — Les biens compris dans le partage entre-vifs de l'ascendant doivent-ils être réunis avec les biens qui lui appartiendront encore au moment de sa mort pour le calcul de sa quotité disponible? Les dispositions entre-vifs ou testamentaires de l'ascendant au profit d'un étranger auront-elles leur effet dans la mesure de la quotité disponible calculée sur l'ensemble de ces deux masses de biens, ou dans la mesure d'une quotité disponible calculée seulement sur les biens non compris dans le partage? En un mot, le partage que l'ascendant fait d'une partie de son patrimoine entre ses descendants diminue-t-il sa quotité disponible?

La première jurisprudence de la Cour de cassation, conséquente avec elle-même, ne calculait la quotité disponible que sur les biens existants et ceux qui avaient été donnés à un titre autre que celui de partage. Voyant, en effet, dans le partage entre-vifs une ouverture anticipée de la succession de l'ascendant, elle devait nécessairement y faire correspondre une quotité disponible spéciale. Puis plus tard, à la mort de l'ascendant, avait lieu l'ouverture de sa seconde succession, avec une nouvelle quotité disponible ⁽²⁾. A laquelle des deux successions devait être rapportée la donation faite à un étranger

(1) Réquier, n° 85; Demol., n° 130; Aubry et Rau, § 733; Bonnet, II, 464.

(2) Req. rej., Meillonas, 4 fév. 1845, Sir., 45, 1, 305; Rouen, 25 janv. 1855, Sir., 56, 2, 98.

avant le partage? La jurisprudence n'a pas eu, croyons-nous, à trancher cette question.

Nous avons vu que cette idée de partage de présuccesion avait été abandonnée, et qu'on ne scindait plus en deux le patrimoine de l'ascendant. Il semblerait donc que désormais tout le monde dût être d'accord pour faire entrer les biens sortis du patrimoine unique de l'ascendant à titre de donation-partage dans le calcul de la quotité disponible (art. 922). Il n'en est rien cependant.

Ce serait violer, a-t-on dit, l'irrévocabilité du partage que de permettre le rapport des biens partagés pour le calcul du disponible. Ce serait permettre de recommencer l'opération du père de famille, de remanier ce qu'il a sagement fait dans l'intérêt de tous. Il n'y aurait plus de différence entre ce pacte de famille et les donations individuelles sujettes à rapport ⁽¹⁾. Mais est-ce que le partage d'ascendant est plus irrévocable que la donation ordinaire, que l'article 922 soumet cependant au rapport fictif? Il n'est pas du reste question ici d'irrévocabilité. Il ne faut pas confondre le rapport réel et le rapport fictif établi seulement pour la détermination de la réserve et de la portion disponible. Bien différent du premier qui fait rentrer les biens donnés dans la masse à partager et résout la donation, le rapport fictif n'enlève rien au donataire et lui laisse le bénéfice exclusif des objets qu'il a reçus. Il ne consiste que dans une simple opération arithmétique destinée à la recherche du montant des libéralités que l'ascendant a pu faire valablement.

Mais le chapitre des partages d'ascendants, continue-t-on, est complètement muet sur ce sujet. L'article 922

(1) Troplong, *Donations*, n° 964.

qui édicte le rapport fictif est spécial aux donations; et si le législateur avait voulu appliquer la même disposition à la donation-partage il l'eût certainement rappelée. Cette argumentation ne vaut rien. L'article 922 n'avait pas besoin de parler spécialement du cas qui nous occupe; les biens partagés par l'ascendant ne rentrent-ils pas dans les biens *dont il a été disposé par donations entre-vifs*? En soumettant, d'ailleurs, la donation-partage aux règles des donations entre-vifs, l'article 1076 le soumet implicitement à la disposition de l'article 922 (1).

Nous pourrions ajouter que l'opinion contraire réduit singulièrement la quotité disponible de l'ascendant en soustrayant les biens partagés à la masse sur laquelle elle doit être calculée; et que cette restriction ne peut être dans l'esprit du Code qui se montre satisfait dès que les descendants sont remplis de leur réserve.

La circonstance que l'ascendant se serait réservé par l'acte même du partage, l'usufruit des biens qu'il abandonne, ou aurait stipulé une rente viagère, ne serait pas un obstacle à ce que les lots grevés de cette charge fussent réunis fictivement à la masse pour le calcul de la quotité disponible. L'art. 918 *in fine* est sans application ici. Sa disposition exceptionnelle est basée sur ce que le consentement donné par tous les successibles au contrat intervenu entre le défunt et l'héritier est une

(1) Réquier, nos 97 et 97 *bis*; Aubry et Rau, § 684, notes 18 et 20, et § 733; Bonnet, I, 234 à 236; Colmet de Sant., IV, 245 *bis*, II; Genty, p. 241 et s.; Lyon-Caen, *Th.*, p. 242 et s.; Demol., t. VI, n° 434, et t. II, nos 319 à 323; Req. rej., 13 févr. 1860, Sir., 60, 1, 552; Req. rej., 21 avril 1861, Sir., 61, 1, 589; Req. rej., 19 juil. 1866, Sir., 66, 1, 353; Paris, 15 mars 1873, Sir., 73, 2, 536; Civ. Cass., 14 mars 1866, D. 66, 1, 173; V. aussi *Observations*, D. 1857, 1, 185.

présomption que cette aliénation, à charge de rente viagère ou d'usufruit, présente les caractères d'un acte à titre onéreux ⁽¹⁾. Et il est bien évident que la donation-partage est une libéralité à l'égard de tous les enfants.

3° Rapports des descendants entre eux.

67. — Ces rapports diffèrent complètement selon la théorie adoptée sur la nature du partage entre-vifs.

D'après l'opinion, maintenant unanime de la jurisprudence, qui est la plus intéressante à étudier au point de vue pratique, tant que vit l'ascendant sa disposition ne constitue jamais qu'une simple donation, les descendants ne sont que des codonataires.

En conséquence, ceux qui n'auraient rien reçu de lui, n'ont aucun droit à se plaindre. L'article 1078 est formel, du reste, à cet égard.

Il ne saurait être donné du vivant de l'ascendant aucune action pour atteinte à la réserve, puisque la succession n'est pas encore ouverte. Ce point ne peut être contesté que par ceux qui voient dans le partage entre-vifs un partage actuel de succession.

Mais il n'y aura pas, non plus, d'action en rescision pour lésion de plus du quart. Il ne peut, en effet, y avoir lésion, puisque les enfants n'ont aucun droit préexistant à leur donation et qu'ils tiennent tout de la libéralité de l'ascendant ⁽²⁾.

L'action en garantie n'existera pas davantage pendant

(1) Cass., 14 mars 1866, D. 66, 1, 73; Cass., 17 août 1863, D. 64, 1, 29; Cass., 24 avril 1861, D. 61, 1, 277; Cass., 13 févr. 1860, D. 60, 1, 169; Cass., 30 mars 1874, D. 75, 1, 298.

(2) Genty, p. 253; Aubry et Rau, § 734, note 19; Demol., n° 220; Réquier, n°s 231 et suiv.; Bonnet, II, 627 et s.; Troplong, IV, 2231;

la vie de l'ascendant. Quel est, en effet, le fondement de l'action en garantie? C'est le fait qu'il y a eu aliénation, vente ou échange entre les communistes, que chacun n'a aliéné qu'en proportion de ce qu'il recevait : d'où la conséquence qu'il est juste aussi de leur accorder droit à garantie comme à l'acheteur et à l'échangiste. Le droit romain l'avait reconnu franchement en disant avec raison que le partage était attributif. Bien qu'une fiction l'ait proclamé simplement déclaratif dans le droit français, le principe de la garantie n'en a pas moins subsisté dans notre droit ancien et moderne comme conséquence et témoignage de son caractère attributif. Et la donation-partage de l'ascendant n'a établi aucune communauté, aucune indivision entre les descendants : les biens ont passé directement des mains du donateur dans les leurs. Si l'on croit trouver la base de garantie dans le droit des copartagés à l'égalité, comme l'enseignent quelques jurisconsultes (M. Réquier, n° 86), la conclusion sera toujours la même, puisque la qualité de copropriétaires ou de cohéritiers, qui seule donne droit à l'égalité, ne sera revêtue par les descendants qu'à l'ouverture de la succession de l'ascendant (1).

Marcadé et Pont, *Revue critique*, 1853, III, p. 72 et s.; note de Devilleneuve, dans Sirey, 1850, 2, 305; Lyon-Caen, *Th.*, p. 233. Ceux de ces auteurs qui voient dans la donation-partage un partage *hic et nunc* ne sont donc pas logiques en admettant ici la décision de la jurisprudence.

(1) Genty, p. 248; Lyon-Caen; *Th.*, p. 238; Limoges, 3 déc. 1868, D. 69, 2, 176; M. Genty, poursuivant toujours sa comparaison entre le partage entre-vifs et la donation en avancement d'hoirie, fait remarquer qu'il se passe la même chose dans ce dernier cas; le donataire qui subit une éviction ne peut se plaindre avant la mort du donateur, car il n'a droit à garantie qu'à dater du partage de la succession; p. 249.

Les partisans de l'existence actuelle du partage n'admettent pas évidemment cette décision.

La donation-partage est inattaquable par l'action résolutoire de l'article 1184 qu'on n'applique pas en général aux partages (1).

Le descendant ne saurait non plus l'attaquer par l'action révocatoire de l'article 953, dont l'ascendant seul est admis à se prévaloir (2).

Mais il pourrait poursuivre l'exécution des charges imposées par l'ascendant aux autres descendants, réclamer la soulte qui lui est due. L'action en paiement de soulte toutefois ne serait pas garantie par le privilège des copartageants : jusqu'à la mort de l'ascendant la soulte n'est poursuivie que comme une charge de la donation. Le privilège n'existe et ne peut être inscrit qu'à cette époque : il n'y a partage qu'à ce moment.

Tout en étant du même avis que la jurisprudence sur la nature et le caractère du partage d'ascendant, M. Demolombe croit devoir donner immédiatement aux descendants l'action en garantie et le privilège des copartageants; et il est forcé ensuite de les conserver à l'enfant renonçant ou indigne et de les donner contre lui. Il ne se dissimule pas, du reste, qu'on pourra le taxer de contradiction. Mais cette solution lui semble, sinon logique, du moins équitable et raisonnable (3).

Assurément, il pourra résulter quelquefois du prin-

(1) Aubry et Rau, § 733; Demol., n° 137; Genty, p. 204; Réquier, n° 87; Bonnet, II, 487. — Req. rej., 7 août 1860, Sir., 61, 1, 977.

(2) Cass., 7 août 1860, D. 60, 1, 498.

(3) Demol., p. 142. — La logique, au contraire, exige que la théorie qui voit dans le partage entre-vifs un partage actuel donne immédiatement l'action en garantie et le privilège.

cipe adopté par la jurisprudence d'assez graves inconvénients pratiques. Le descendant évincé de son lot, et qui n'aura rien obtenu en retour pendant la vie de l'ascendant, pourra ne rien obtenir encore à sa mort, si le descendant tenu de la garantie est insolvable ou renonce à la succession; de même son privilège pour le paiement de la soulte qui lui est due n'aura peut-être plus aucune valeur au moment où il prendra naissance.

Mais ce n'est pas une raison suffisante pour fausser complètement les conséquences d'un principe qu'on admet et donner une entorse à la logique.

Rien, du reste, n'empêche l'ascendant d'imposer, ou les descendants de stipuler dans la donation-partage, la garantie immédiate. Cette convention amènerait un résultat analogue à la garantie du partage. Seulement, elle ne pourrait donner naissance au privilège qui prend sa source dans la loi et non dans la convention des parties (1). Rien n'empêcherait, au contraire, la constitution d'hypothèques.

Mais si la garantie et le privilège n'existent pas durant la vie de l'ascendant, les descendants seraient cependant autorisés à prendre des mesures conservatoires de leurs droits, car, à la différence de l'héritier présomptif ordinaire, ils sont ici propriétaires actuellement, exposés par conséquent immédiatement aux troubles et évictions qui donneront plus tard naissance à la garantie. C'est ainsi que si un enfant est appelé en justice, il appellera valablement les autres en garantie, et ceux-ci même pourront intervenir sans y être appelés; le premier pour éviter qu'on ne l'accuse plus tard de s'être mal défendu,

(1) C'est à tort que M. Genty le permet.

les autres pour faire valoir contre le demandeur des moyens de défense dont ils pourraient avoir de la peine plus tard à prouver l'existence ou la valeur pour repousser l'action en garantie de leur frère (1).

Faut-il admettre le descendant évincé à concourir à la faillite de son codonataire pour le montant de sa créance éventuelle de garantie? M. Genty ne le dit pas. Il ne serait peut-être pas téméraire de croire qu'il eût résolu affirmativement cette question; car ne dit-il pas que la créance de garantie lui semble plutôt un droit conditionnel qu'un droit simplement éventuel (2)?

Telles sont les conséquences de la théorie de la jurisprudence. Accentuons, au contraire, et proclamons franchement le caractère conditionnel du partage pendant la vie de l'ascendant, et la plupart des inconvénients signalés vont disparaître.

L'inscription du privilège pourra être prise immédiatement (art. 2132). Sans doute l'action en garantie ne pourra pas être exercée avant le décès de l'ascendant, sans doute encore l'action en paiement de soulte ne sera privilégiée qu'à cette époque, puisque jusque-là l'existence du partage est incertaine; mais si à ce moment les conditions essentielles du partage se trouvent exister, les recours des enfants entre eux ne seront pas stériles : le privilège, datant du moment même de la donation, en assure l'efficacité. L'insolvabilité de son codonataire n'est plus à redouter pour l'enfant; seule la renonciation de celui-ci à la succession peut le soustraire à sa poursuite (3).

(1) Genty, p. 251.

(2) Genty, p. 251.

(3) Les partisans de la théorie qui voient dans la donation-partage

4° **Rapports entre les descendants et les tiers.**

68. — Les descendants sont des donataires; propriétaires donc à l'égard des tiers du jour de la transcription, de la signification au débiteur, de la mise en possession réelle des objets mobiliers.

Mais ils pourraient être atteints par l'action Paulienne, si l'ascendant s'était dépouillé de ses biens en fraude de ses créanciers.

La donation-partage est pour les descendants le principe d'une acquisition distincte de celle de l'ascendant. Ils prescriront les biens donnés par dix ou vingt ans, même dans le cas où l'ascendant était possesseur de mauvaise foi.

Ils pourraient de même prescrire l'hypothèque qui grèverait le bien donné du chef de l'ascendant ou d'un précédent propriétaire, si l'on admet du moins qu'ils ne sont pas tenus de plein droit des dettes du donateur.

Chaque enfant, recevant directement son lot de l'ascendant, en a évidemment l'exclusive propriété. Cette conséquence est-elle l'application de l'article 883? On s'accorde, en général, pour répondre que non. Ce résultat se produit ici sans aucune fiction. Les enfants sont des donataires, n'ont pas été mis dans l'indivision auparavant par l'ascendant. Ceux-là même qui croient que le partage entre-vifs produit immédiatement les effets du partage dans les rapports des descendants entre eux en conviennent (1).

un partage définitif et actuel devraient permettre de poursuivre en garantie l'enfant renonçant. Très-peu parmi eux cependant donnent cette solution.

(1) Aubry et Rau, § 733, note 17; Réquier, n° 88; Bonnet, II, 492.

Faut-il cependant aller jusqu'à conclure avec M. Genty (1) que si l'un des enfants a reçu sa part en immeubles à la charge de payer un retour en argent à un autre, ce dernier n'acquiert qu'une valeur mobilière; et décider, par conséquent, que la soulte due dans cette hypothèse à une sœur mariée sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal avec stipulation de remploi du prix des immeubles aliénés tombe, dans le premier cas, dans la communauté et est régie dans le second comme les sommes dotales? Nous ne le pensons pas; et nous croyons qu'il est plus conforme à l'équité et à l'intention des parties de voir dans cette soulte la représentation de la part immobilière qui devait revenir naturellement à son propriétaire dans le partage de la succession de l'ascendant. Celui-ci, voulant faire un partage entre ses héritiers présomptifs, était tenu d'observer l'égalité et les règles du partage dans son opération (2).

69. — Nous venons de déterminer les effets du partage entre-vifs pendant la vie de l'ascendant. Il nous reste un point difficile et très-controversé à élucider; c'est celui de savoir si les descendants sont tenus des dettes de l'ascendant.

Cette question n'est pas spéciale au partage d'ascendant entre-vifs. Elle se pose à propos de toute donation (3).

(1) Genty, p. 284; Cass., 4 juin 1849, Sir., 49, 1, 487.

(2) Demol., n° 138; Réquier, n° 89; Aubry et Rau, § 733.

(3) M. Troplong, toutefois, en déniaut que le donataire ordinaire soit assujéti aux dettes du donateur, admet que les descendants gratifiés dans la donation-partage doivent supporter les dettes de l'ascendant. Nous ne comprenons pas cette distinction.

Nous croyons qu'il est cependant indispensable de la traiter ici à cause de son importance dans notre sujet.

Il est bien évident, d'abord, que si le partage ne comprend que quelques objets spécialement désignés, les enfants ne seront tenus d'aucune dette; sur ce point tout le monde est d'accord.

Il est certain encore qu'ils ne seront jamais tenus des dettes qui n'auraient pas acquis date certaine avant la confection de la donation (art. 945). C'est la conséquence de la maxime : *donner et retenir ne vaut*.

La controverse s'élève lorsque l'ascendant s'est dépouillé de la totalité ou d'une quote-part de tous ses biens présents, ou de ses immeubles seulement, ou de ses meubles. Le donataire est-il, dans ce cas, obligé de payer les dettes de l'ascendant? S'il y est obligé, l'est-il *ultra vires donationis*?

Il est obligé aux dettes, dit-on, car la donation étant alors universelle ou à titre universel doit, au point de vue des dettes, être assimilée au legs universel ou à titre universel, et tomber sous l'application des articles 1007, 1010 et 1012, qui mettent à la charge de celui-ci une partie du passif correspondant à la partie de l'actif qu'il comprend. La loi, il est vrai, ne s'en est pas expliquée à propos de la donation; mais l'analogie est frappante.

C'était, d'ailleurs, l'opinion prédominante dans l'ancien droit français. Ricard, Pothier et Furgole ⁽¹⁾ disaient clairement que le donataire des biens présents ou d'une quote-part des biens présents devait payer toutes les dettes antérieures à la donation, ou les acquitter, du

(1) Ricard, III^e partie, n^o 4522; Pothier, *Donations*, sect. III, art. 4, § 2; Furgole, sur l'article 16 de l'ordonnance de 1731.

moins, en proportion de la quotité de biens qu'il avait reçue. « *A l'égard des donataires universels de biens présents, disait Pothier, ils sont tenus des dettes que le donateur devait lors de la donation, pour la raison que les dettes sont une charge des biens, et que bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.* »

Un grand nombre de coutumes le déclaraient aussi formellement (1).

Enfin, le tribun Jaubert n'était-il pas explicite dans son rapport au Tribunat, quand il disait : « Le donataire de tous les biens est tenu de droit, et sans qu'il soit besoin de l'exprimer, de toutes les dettes et charges qui existent à l'époque de la donation.... Le donataire d'une quote de biens doit supporter les dettes et les charges en proportion de son émolument (2). »

L'équité, du reste, réclame impérieusement cette solution. Serait-il juste, en effet, que celui qui a donné l'universalité ou une quote-part de son actif continuât à être grevé du passif tout entier (3)?

Nous croyons devoir repousser cette doctrine si habilement présentée et soutenue par M. Réquier.

Il n'y a, en effet, de tenu des dettes de son auteur que le successeur à titre universel, c'est-à-dire celui qui prend une quote-part du patrimoine, ou qui le prend tout entier. Or, le patrimoine comprend l'ensemble des biens présents et des biens futurs. Il ne peut donc être transmis

(1) Amiens, art. 52; Artois, art. 82; Bourbonnais, art. 316; Bretagne, art. 219; Mantes, art. 71; Normandie, art. 421.

(2) Locré, t. XI, p. 333 et 459.

(3) Réquier, nos 104 et 105; Duranton, IX, 630; Delvincourt, II, p. 152 et 276; Agen, 14 juin 1837, Sir., 39, 2, 490.

qu'au moyen d'actes ayant pour objet les biens qu'on laisse à son décès.

Celui qu'on appelle donataire universel ou à titre universel ne se trouve jamais dans ces conditions, car il ne peut recevoir que des biens présents (art. 943). Cela est encore plus palpable pour le donataire de tout le mobilier ou d'une quote-part du mobilier, puisqu'il ne reçoit les meubles qu'à titre singulier, un état descriptif et estimatif étant nécessaire à la validité de la donation (art. 948).

De plus, dans le partage d'ascendant, la force même des choses s'oppose à ce que sa donation comprenne une universalité, car l'ascendant est forcé de spécifier individuellement les biens qu'il distribue. Tout ce qu'il ne mentionne pas lui reste en propre. Une universalité est une chose abstraite, qui comprend même, dit Ricard ⁽¹⁾, *la possibilité et l'espérance*. Si la donation-partage était universelle, elle comprendrait donc même les biens qui ne seraient pas mentionnés dans l'acte de partage, même ceux dont les parties n'auraient aucune connaissance, comme une succession qui viendrait de s'ouvrir à leur insu au profit de l'ascendant. Tel, évidemment, ne peut pas être l'effet d'un partage, acte dans lequel un objet ne peut figurer s'il n'est pas attribué déterminément à l'un des copartageants.

C'est pourquoi il n'y a aucune analogie, au point de vue qui nous occupe, entre les donataires d'une quote-part de biens présents et le légataire à titre universel que des textes formels assujettissent à l'obligation de payer les dettes du testateur. Il n'y a non plus aucune assimilation à faire entre le partage d'ascendant et l'insti-

(1) Ricard, n° 1529.

tution contractuelle. Car si le donataire de biens à venir est aussi obligé aux dettes, c'est qu'il est appelé à recueillir une partie du patrimoine tel qu'il se comportera au moment de la mort du donateur (art. 1084, 1085) (1).

Qu'on ne nous accuse pas de manquer ainsi à l'équité et à l'intention des parties. Nous avons seulement dit que les donataires n'étaient pas tenus de plein droit des dettes de l'ascendant, qu'ils ne pouvaient être poursuivis par les créanciers de celui-ci à raison du fait même de la donation.

Mais il est bien évident d'abord que si l'ascendant a fait le partage de ses biens entre-vifs pour frauder ses créanciers, l'action Paulienne révocatoire leur fournira le moyen de déjouer sa fraude (art. 1167), et que si le bien donné était hypothéqué du chef de l'ascendant, il ne serait pas affranchi de l'action hypothécaire (art. 2166).

Puis l'ascendant a très-bien pu imposer à ses enfants l'obligation de payer ses dettes actuelles proportionnellement à leur part d'actif ou dans toute autre mesure qu'il lui a plu. Sa volonté n'a même pas besoin d'être expresse à cet égard. Ainsi l'on admet que l'obligation aux dettes résultera clairement de l'annexion d'un état des dettes à la donation.

Enfin nous pensons que l'ascendant qui n'aurait fait aucune stipulation de la sorte pourrait, avant d'opérer la délivrance des biens qu'il a partagés, retenir une valeur suffisante pour acquitter ses dettes. C'est ici que

(1) Genty, p. 231 et suiv.; Aubry et Rau, § 706 et § 733, texte et note 6; Demol., t. III, nos 449 à 464, et t. VI, n° 128; Colmet de Sant., IV, n° 243 bis; Bonnet, II, 461 à 471; Toullier, III, nos 817-818; Lyon-Caen, *Th.*, p. 235; Douai, 12 févr. 1840, *Sir.*, 40, 2, 393.

nous appliquons la maxime : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. N'est-il pas raisonnable, en effet, de supposer qu'en faisant cette donation à titre universel, qu'en donnant ainsi la moitié, le tiers de ses biens présents, l'ascendant n'a entendu parler que de ce qui resterait après la déduction des dettes? Cette présomption est même d'autant plus légitime que la rejeter serait souvent convaincre l'ascendant d'avoir voulu frauder les droits de ses créanciers ou tout au moins d'une ignorance inexcusable. Seulement s'il avait déjà opéré la délivrance de ses biens, la prétention de faire interpréter sa volonté dans ce sens ne serait plus admissible ⁽¹⁾.

Nous n'appliquerions toutefois notre solution que si la donation comprenait la totalité ou une quote-part de tous ses biens présents; et non pas si elle avait pour objet la totalité ou la quote-part des meubles ou des immeubles seulement, car il n'est pas à supposer que l'ascendant ait voulu soumettre son bilan à ses enfants afin d'établir une proportion entre la valeur de ses meubles et celle de ses immeubles ⁽²⁾.

En permettant à l'ascendant qui n'a pas délivré encore les biens partagés de retenir sur eux une somme suffisante pour acquitter la part de passif correspondant à la part d'actif dont il a fait l'abandon, nous ne sommes nullement en contradiction avec notre principe. Il y a en effet deux questions complètement différentes : celle de savoir si les descendants sont tenus personnellement de plein droit des dettes de l'ascendant, et celle de savoir

(1) Demol., t. III, n° 460; Aubry et Rau, § 706, texte et note 3; Lyon-Caen, *Th.*, p. 237; Ricard, III^e partie, n° 1543.

(2) Demol., t. III, n° 462; Aubry et Rau, § 706.

si le donateur a entendu retenir sur les biens donnés de quoi payer ses dettes. Nous avons résolu négativement la première. Quant à la deuxième, c'est avant tout une question d'interprétation.

La situation des descendants ne sera pas tout à fait la même quand ils seront tenus des dettes en vertu de la réserve tacite de l'ascendant que lorsqu'ils le seront en vertu d'une stipulation formelle. Dans ce dernier cas, il y a obligation personnelle de leur part; ils peuvent être poursuivis directement par les créanciers de l'ascendant (art. 1121) sur tous leurs biens, même sur ceux qui leur appartiennent à tout autre titre; et ils peuvent l'être *ultra vires donationis*, dans l'opinion du moins de ceux qui admettent que le donataire, lié par son contrat, ne peut s'exempter des charges de la donation en y renonçant postérieurement. Dans le premier cas, au contraire, ils ne sont tenus que *propter emolumentum*, et les créanciers n'ont contre eux que l'action oblique de l'article 1166.

§ 2.

Effets du partage entre-vifs à la mort de l'ascendant.

70. — A la mort de l'ascendant vont se fixer ou s'anéantir rétroactivement entre les descendants leurs rapports conditionnels de copartagés.

71. — Le premier élément de la donation-partage, celui de donation, ne disparaît pas. Si le deuxième élément ne peut se former, l'opération de l'ascendant ne sera et n'aura jamais été qu'une simple libéralité. Dans le cas contraire la donation subsistera concurremment avec le

partage. Elle règlera même seule les rapports entre les descendants et les tiers, car à l'égard de ceux-ci les biens donnés sont en dehors du patrimoine de l'ascendant, ne peuvent être compris dans sa succession.

Donc les legs que l'ascendant aura pu faire ne s'exécuteront pas sur les biens partagés.

Les créanciers héréditaires n'auront pour gage de leurs créances que les biens existants, lors du moins que les descendants n'auront accepté la succession que sous bénéfice d'inventaire.

Et s'ils demandent la séparation des patrimoines, les biens compris dans la donation-partage figureront parmi les biens personnels des enfants.

Enfin les biens partagés continuent à être prescrits à titre de donation.

72. — Dans leurs rapports entre eux les descendants deviennent des cohéritiers. Ils ne cessent pas cependant de conserver encore à certains points de vue la qualité de codonataires. Ainsi ils ne rapportent pas les biens qu'ils ont reçus, ce qui rendrait complètement inutile la disposition de l'ascendant. Et nous verrons tout à l'heure qu'ils peuvent encore demander la nullité de l'acte comme donation.

Ils deviennent des cohéritiers. Donc tous les effets du partage d'une succession se produisent entre eux à ce moment. Ils ont l'action en garantie tant à raison des troubles et évictions survenus depuis la mort de l'ascendant qu'à raison de ceux survenus dans l'intervalle de la donation à l'ouverture de la succession (1). Le privilège

(1) Genty, p. 280.

des copartageants assure l'efficacité de leurs recours en garantie; et il accompagne désormais l'action en paiement de soulte que les descendants n'exerçaient jusqu'ici qu'en leur qualité de donataires. Garantissant une créance conditionnelle suivant nous, ce privilège a pu être inscrit immédiatement, et, par suite, il primera toute hypothèque ou aliénation consentie par les copartagés si l'inscription a été faite dans les soixante jours de la donation. La jurisprudence qui n'admet pas le caractère conditionnel du partage n'en permet l'inscription qu'à partir du décès de l'ascendant ⁽¹⁾. Cette solution a le grand tort de compromettre le privilège des copartagés. M. Genty, tout en ne croyant l'inscription possible qu'à l'ouverture de la succession de l'ascendant, fait rétroagir le privilège inscrit dans les soixante jours au moment même de la donation : « Les descendants, dit-il, n'étaient devenus propriétaires que sous la condition que ces biens seraient affectés de ce privilège si le partage anticipé se réalisait. » Mais ce serait léser les tiers qui n'auraient pas été avertis. Et comment comprendre, du reste, que le privilège qui ne prend naissance, selon M. Genty, qu'à la mort de l'ascendant, puisse avoir effet auparavant? M. Genty eût évité cet écueil s'il avait reconnu et déclaré franchement le caractère conditionnel du partage entre-vifs. Et cette reconnaissance eût aussi évité à M. Demolombe, dont la solution sur le point qui nous occupe est conforme à la nôtre, une inconséquence de principe qu'il ne cherche même pas à dissimuler ⁽²⁾.

(1) Genty, p. 280; Lyon-Caen, *Th.*, p. 240.

(2) Demol., nos 134 et 135. — Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que ceux qui voient dans le partage entre-vifs un partage

C'est au décès de l'ascendant seulement que peuvent se poser les questions de nullité du partage, telles que les questions d'omission d'un descendant ou de lésion (art. 1078, 1079).

Mais pour que la disposition de l'ascendant revête à sa mort la nature du partage et puisse ainsi donner lieu à l'exercice de ces actions, deux conditions sont nécessaires. Il faut : 1^o que l'acte n'ait pas été anéanti en tant que donation; et 2^o que les descendants arrivent à la succession de l'ascendant, qu'ils soient héritiers.

73. — 1^o Le partage est, en effet, enté sur la donation. Si donc celle-ci se trouve anéantie par suite de l'exercice d'une action quelconque en révocation ou en nullité, les biens donnés rentrent dans le patrimoine de l'ascendant, le partage perd sa base et s'écroule de lui-même.

Mais la révocation ou la nullité a pu n'atteindre qu'un seul ou quelques-uns seulement des donataires. Le partage tombera-t-il inévitablement dans ce cas? Non; il n'y a ni faute ni dol de la part des autres enfants ni de l'ascendant. Comment admettre que la faute d'un seul donataire puisse nuire aux autres en annulant la répartition de l'ascendant? Autrement « l'enfant qui ne serait pas satisfait de son lot, disent MM. Aubry et Rau, aurait intérêt à faire prononcer contre lui-même une révocation qui aboutirait à un nouveau partage, de sorte que cette révocation pourrait tourner à son profit et au détriment des autres. » La possibilité d'un tel résultat ne suffit-elle pas pour démontrer l'erreur du système de MM. Demo-

hic et nunc permettent l'inscription et l'exercice du privilège dès l'instant même où la donation a été accomplie. Aubry et Rau, § 733; Réquier, n^o 93; Bonnet, II, 483, etc.

lombe et Réquier ⁽¹⁾, qui, faisant application de l'article 1078 à l'hypothèse qui nous occupe, annulent le partage pour omission d'un descendant? Notre hypothèse ne peut rentrer dans le cadre de l'article 1078, car il n'y a pas eu du tout ici omission : l'enfant contre lequel la révocation a été prononcée a été compris dans le partage; c'est par sa faute qu'il s'est vu retirer sa part, et les conséquences d'une faute doivent, autant que possible, rester personnelles. L'anéantissement de la donation faite à l'enfant coupable n'est pas absolu, mais simplement relatif : elle est anéantie contre l'enfant coupable, non en sa faveur. A la mort de l'ascendant les autres enfants pourront bien s'en prévaloir pour demander un nouveau partage; mais, s'il leur convient de s'en tenir à la part qu'ils ont reçue, ils pourront forcer leur cohéritier à reprendre dans la masse de la succession les biens qui lui avaient été attribués, ou s'ils ne s'y trouvent plus, si l'ascendant en a disposé, une part de biens équivalente ⁽²⁾. MM. Bonnet et Bertauld n'admettent pas non plus que la révocation prononcée contre un des donataires anéantisse le partage; mais ils donnent à l'enfant coupable le droit de reprendre, au décès du donateur, la part que celui-ci lui avait réservée dans son opération, quand même les autres enfants offriraient de refaire un nouveau partage ⁽³⁾. Nous ne voyons pas où il puiserait ce droit puisqu'il a perdu

(1) Demol., n° 141; Réquier, n° 83. Ils admettent d'ailleurs que la donation continue à subsister à l'égard des autres pendant la vie de l'ascendant.

(2) Aubry et Rau, § 733, texte et note 4; Genty, p. 229, 281 et 282; Observations Dalloz, 1872, 2, 177; Douai, 25 juillet 1879, Sir., 81, 2, 44; Besançon, 23 mars 1880, Sir., 1881, 2, 92.

(3) Bonnet, II, 544 et suivants; Bertauld, II, p. 60.

toute propriété sur les biens qui lui ont été enlevés.

M. Genty admet, au contraire, que la nullité résultant de l'inobservation des règles prescrites pour la validité des donations atteindrait le partage tout entier, même si elle n'existait qu'à l'égard de l'un des descendants; car l'acte n'a jamais eu d'existence légale : l'opération était nulle *ab initio* comme partage ⁽¹⁾.

Si l'ascendant est mort sans avoir demandé la révocation ou la nullité de sa donation, le donataire sera-t-il désormais à l'abri de toute attaque de ce chef et continuera-t-il à jouir en paix des biens qui lui ont été attribués? Assurément non, lors du moins que l'action négligée par l'ascendant est transmissible de sa nature. Elle sera exercée par les représentants du défunt, c'est-à-dire par les autres copartagés. Car la donation n'est pas effacée par le partage : elle lui sert de base au contraire, et si elle vient à s'effondrer, l'opération tout entière disparaît. Qu'on ne nous objecte pas que les descendants sont inhabiles à demander la nullité de la donation parce qu'ils sont tenus comme copartageants de l'obligation de garantie : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Car il s'agit justement de savoir s'ils sont copartageants, et, s'ils réussissent dans leur action, ils ne l'auront jamais été ⁽²⁾.

Il est bien évident que si les descendants préfèrent conserver leurs lots tels qu'ils ont été établis par l'ascendant, ils ne seront pas forcés d'agir en révocation de la donation.

De sorte qu'en définitive, soit que l'action en révoca-

(1) Genty, p. 230.

(2) Genty, p. 282, 283; Demol., n° 144; Lyon-Caen, *Th.*, p. 244.

tion ait été intentée par l'ascendant, soit qu'il soit mort avant de l'avoir exercée, les descendants non coupables ont le choix de conserver le partage tel que l'a fait l'ascendant ou d'en demander un nouveau.

74. — 2° La donation-partage ne produit les effets du partage qu'entre les descendants qui sont héritiers de l'ascendant. Venir à la succession est une condition nécessaire pour être copartagé.

Si donc tous les descendants apportionnés étaient prédécédés sans postérité, renonçaient à la succession ou étaient déclarés indignes, l'opération de l'ascendant n'aurait pas atteint son but. Elle continuerait à valoir comme une simple donation et les descendants n'auraient entre eux aucun rapport de copartagés.

Mais qu'arriverait-il si la succession échappait à un seul ou à quelques-uns seulement des donataires?

Le descendant décédé sans postérité n'a jamais possédé qu'en qualité de donataire les biens qu'il a reçus de l'ascendant. Ces biens suivront le sort des biens donnés en avancement d'hoirie à un héritier présomptif. Ils resteront dans son patrimoine pour passer avec lui soit à ses héritiers légitimes soit à ses héritiers testamentaires. Ses frères et sœurs, ses codonataires, n'auront aucun droit sur eux; ils pourront seulement les retrouver plus tard dans la succession de l'ascendant lorsqu'il les aura recueillis en vertu de son droit de retour successoral (art. 747) (1).

Le descendant a survécu à l'ascendant, mais il renonce

(1) Genty, p. 285; Colmet de Sant., IV, n° 243 *bis*, IV; Aubry et Rau, § 730; Demol., n° 146; Agen, 1^{er} juin 1858, Sir., 58, 2, 417.

à sa succession. On ne peut pas plus lui contester ce droit qu'à tout autre héritier qui aurait reçu un avancement d'hoirie; la loi est formelle : on ne peut être héritier malgré soi (art. 775). La situation est la même que dans l'hypothèse précédente : l'attribution de l'ascendant restera pour le renonçant une donation pure et simple, et ne pourra produire aucun des effets du partage de succession.

Il en serait absolument de même encore si le descendant se trouvait exclu de la succession pour cause d'indignité. Le cas est en effet identique puisque le descendant ne devient pas ici non plus héritier. Il est et reste donataire. C'est pourquoi on ne saurait argumenter de la déclaration d'indignité pour lui faire restituer les biens qu'il a reçus par la donation-partage; car ce n'est pas en qualité d'héritier qu'il les détient.

Il est possible cependant que les héritiers de l'ascendant puissent les lui enlever, mais ce sera par une toute autre voie : par la voie de la révocation pour ingratitude. Car l'acte conserve le caractère de libéralité à l'égard de l'indigne, du renonçant et du prédécédé. Toutes les actions que l'ascendant pouvait avoir pour faire anéantir la donation contre lui, passent avec sa succession à ses héritiers.

Le descendant, qui pour une cause quelconque ne revêt pas en définitive la qualité d'héritier, sera soumis à l'action en réduction de l'article 845, si les biens qu'il tient de l'ascendant dépassent la quotité disponible. Et la moindre atteinte à la réserve autorisera toujours cette action, à la différence de ce qui pourrait arriver, comme nous le verrons plus loin, par un effet des règles du partage, si l'opération de l'ascendant avait pris à l'égard de tous les enfants le caractère de partage.

Il reste soumis à toutes les obligations ou charges qui pouvaient affecter la donation, de même qu'il conserve le droit d'en poursuivre l'exécution contre les autres enfants. C'est ainsi qu'il les forcera à lui faire la délivrance des biens qui lui ont été donnés, si elle n'a été déjà faite, et qu'en cas d'éviction il les actionnera en garantie dans l'hypothèse où elle aurait été dans la donation-partage stipulée immédiatement exigible. C'est ainsi qu'à l'inverse il pourra être actionné lui-même en garantie ou en paiement des dettes dont l'ascendant aurait chargé sa donation.

Mais toutes les conséquences qui découlent du partage d'une succession : garantie de plein droit pour troubles et évictions, privilège des articles 2103 et 2109, action en rescision du partage, lui seront étrangères.

Les auteurs qui, contrairement à la jurisprudence, voient dans le partage entre-vifs un partage définitif et immédiat repoussent, en général, toutes les solutions que nous venons de donner en conservant au descendant qui n'arrive pas à la succession la qualité de copartagé qu'il avait déjà du vivant de l'ascendant.

Les résultats que nous venons d'indiquer ne se produiront pas dans l'hypothèse où l'enfant prédécédé laissera lui-même des enfants. Ceux-ci prendront les biens de l'ascendant en qualité de copartagés, d'héritiers. Le lot attribué à leur père est considéré comme leur ayant été attribué à eux-mêmes. Ils ne sauraient donc invoquer l'article 1078 pour demander un nouveau partage, car ils n'ont pas été omis dans la distribution : ils ont été représentés par leur auteur.

Et il en serait ainsi alors même qu'ils auraient renoncé à la succession du représenté : les principes de la re-

présentation l'exigent. C'est ainsi que les enfants doivent rapporter les dons faits par avancement d'hoirie à leur père, même lorsqu'ils renoncent à sa succession. Ils pourront donc ne rien recueillir des biens donnés par l'ascendant à leur auteur sans avoir le droit de se plaindre.

Ils prennent la place du représenté. Donc tous les effets du partage se produisent à leur égard comme ils se seraient produits à l'égard du représenté lui-même. Ils ont l'action en rescision ou en nullité du partage, et elle est donnée contre eux; ils doivent la garantie à leurs cohéritiers en raison des troubles ou évictions, et ils ont droit à une indemnité à raison du même préjudice.

Peu importe encore ici qu'ils aient accepté ou répudié la succession du représenté. N'ayant rien reçu en définitive, dans ce dernier cas, des biens attribués au représenté, ils seront exposés à déboursier *de suo* pour indemniser leurs cohéritiers des troubles qui surviendraient dans leurs lots; et, en revanche, ayant eux aussi l'action en garantie, ils profiteront, en gardant pour eux-mêmes l'indemnité, des évictions supportées par les héritiers du représenté dans les biens qui formaient son allotissement. Ces résultats, singuliers assurément, sont inévitables en face de l'article 848.

CHAPITRE IV.

Des nullités du partage d'ascendant.

SOMMAIRE.

75. — Division du chapitre.

75. — Nous diviserons ce chapitre en trois sections. Nous rechercherons dans la première quelles sont les causes de nullité ou de rescision du partage d'ascendant; nous examinerons dans la seconde la durée et les causes d'extinction de ces actions; enfin, dans la troisième, nous verrons les effets de l'annulation du partage.

SECTION I.

Causes de nullité et de rescision du partage d'ascendant.

SOMMAIRE.

76. — Division des nullités des partages d'ascendants.

77. — Nullité pour omission d'enfant.

78. — Le partage d'ascendant est nul aussi pour omission de tout successeur à titre universel.

79. — Nullité pour lésion de plus du quart.

80. — La lésion ne s'estime qu'eu égard aux objets compris dans le partage d'ascendant.

- 81. — Pour avoir droit à l'action en rescision pour lésion de plus du quart, il faut être héritier de l'ascendant.
- 82. — Le défendeur à l'action en rescision pour lésion de plus du quart, peut en arrêter le cours par l'offre d'un supplément (art. 891).
- 83. — A quelle époque doit-on estimer les biens compris dans le partage pour le calcul de la lésion de plus du quart?
- 84. — Nullité édictée par l'action de l'article 1079 *in fine*.
- 85. — Nature de cette action.
- 86. — A quelle époque faut-il estimer les biens partagés pour voir s'il y a lieu de donner cette action?
- 87. — Faut-il admettre la nullité du partage d'ascendant pour inobservation des articles 826 et 832?

76. — Nous ne nous occuperons pas des nullités qui pourraient atteindre le partage d'ascendant en tant que donation ou testament. Cela n'est pas spécial à notre sujet, et nous les avons du reste traitées succinctement plus haut, lorsque nous avons examiné les conditions de formes et de capacité exigées pour la confection du partage d'ascendant, et que nous avons recherché quels biens pouvaient y être compris. Il est utile cependant de remarquer que la disposition de l'ascendant, ne constituant pas des libéralités individuelles et indépendantes les unes des autres, mais un ensemble de libéralités destiné à produire les effets d'un partage, il pourra très-bien arriver quelquefois que l'anéantissement d'une partie de la donation ou du testament, rompant l'équilibre de l'acte tout entier, entraîne aussi la chute. Nous en avons vu quelques applications dans les chapitres précédents (1).

(1) Notamment à propos du point de savoir si la donation d'un bien à venir entraîne la nullité du partage lui-même. Nous appliquerions les mêmes principes au cas où un des lots comprendrait des biens grevés de substitution contrairement à la loi.

Les vices du consentement : dol, erreur, violence, qui atteindraient le partage d'ascendant en tant que partage, ne nous arrêteront pas non plus : ils sont régis par les dispositions de droit commun. Le Code n'a pas jugé utile de les rappeler ici.

Les articles 1078 et 1079 énumèrent trois causes de rescision. Les deux premières sont communes à tout partage; la dernière est spéciale au partage d'ascendant. Voyons-les successivement.

Puis nous examinerons si une dernière nullité ne doit pas être admise : la nullité pour inégale répartition des meubles et des immeubles.

§ 1.

Nullité pour omission d'un descendant.

77. — « Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aura été fait » (art. 1078).

Cet article consacre l'une des règles essentielles du partage qui n'est vraiment un partage que s'il est fait entre tous les ayants-droit. Aussi le Code a-t-il jugé inutile et superflu de s'en expliquer au titre *Des successions*. S'il la proclame dans l'article 1078, c'est pour affirmer encore davantage le caractère distributif du partage d'ascendant qui est une institution spéciale et non-seule-

ment le droit de disposer par préciput au profit de l'un ou de plusieurs de ses descendants ⁽¹⁾.

Il est vrai qu'à Rome le descendant omis ne pouvait faire tomber la disposition de l'ascendant : il ne lui était donné qu'une action en réclamation de sa légitime, à la formation de laquelle tous les copartagés devaient contribuer *pro modo emolumenti*.

Mais nos pays coutumiers déclarèrent le partage d'ascendant nul s'il ne contenait tous les descendants appelés à recueillir sa succession. Le Code suivit cette jurisprudence. La logique et l'intention présumée de l'ascendant le commandaient : c'était un partage, on devait donc en suivre les règles ; et, en employant ce mode de disposition, l'ascendant montrait bien qu'il ne voulait pas simplement faire des legs ou des donations ordinaires.

Doivent être compris dans la distribution de l'ascendant *tous les enfants qui existeront à l'époque de son décès*. Par ces mots le législateur n'a entendu parler que de ceux qui existeront comme héritiers, puisque ce n'est qu'en cette qualité qu'ils ont droit au partage.

On ne comptera donc pas l'enfant prédécédé, renonçant ou indigne.

Mais le partage fait entre tous les enfants existant au moment de sa confection sera nul, à l'inverse, s'il en

(1) Quand le partage aura été fait entre-vifs, la nullité absolue, dont la cause peut être toute récente, frappera quelquefois des tiers ou des donataires qui ne s'attendaient nullement à voir tomber les dispositions de l'ascendant. Aussi M. Barafort (p. 160) voudrait-il voir réformer l'art. 1078 et forcer l'enfant omis à se contenter des biens existants s'il en restait assez dans la succession de l'ascendant pour parfaire sa part ; et dans le cas contraire lui former un lot avec des biens pris dans la part de chacun des copartagés *pro modo emolumenti*.

survient un nouveau à l'ascendant, fût-il même posthume.

C'est ce qui arrivera si l'ascendant légitime, postérieurement à sa donation ou à son testament, son enfant naturel, sans qu'il y ait lieu de distinguer ici, comme à propos de la révocation d'une donation pour survenance d'enfant, si le légitimé était déjà né ou non au moment du partage; car dans les deux hypothèses il est également héritier.

L'enfant adoptif doit aussi, à peine de nullité, être compris dans la distribution de l'ascendant. L'article 350 le met sur la même ligne que l'enfant légitime.

Et, bien que la question soit controversée, nous n'hésitons pas à en dire autant de l'enfant naturel. L'article 756, objecte-t-on, porte que les enfants naturels ne sont pas héritiers. C'est vrai; mais s'ils sont privés de ce titre honorifique, si même ils recueillent une part moins grande que les enfants légitimes, ils n'en viennent pas moins en qualité de successeurs, de copropriétaires, réclamer leur part dans le patrimoine de leur auteur. Et cette qualité leur donne le droit de provoquer le partage de la succession et d'y être compris ⁽¹⁾.

Le projet du Code ne leur accordait qu'une créance; mais sur l'observation de Cambacérès, on leur donna *un droit* sur les biens de leurs père et mère, droit que Treilhard eut soin d'expliquer dans son exposé des motifs, en disant : « Si la nature réclame pour les enfants naturels une portion du patrimoine paternel, l'ordre social s'op-

(1) Aubry et Rau, § 730, note 5; Réquier, n° 161; Bonnet, II, 548; Laurent, t. XV, p. 134; Demol., n° 161 *bis*. — Ne lui donnent au contraire que le droit de réclamer aux copartagés la part qui lui revient, sans pouvoir attaquer le partage : Duranton, IX, 635; Trolong, IV, n° 2324; comp. Genty, p. 102 et 301.

pose à ce qu'ils la reçoivent dans les mêmes proportions et au même titre que les enfants légitimes. »

Qu'on ne craigne pas que l'ascendant abuse de notre décision pour faire à son enfant naturel un avantage prohibé par la loi. Car le partage d'ascendant, étant soumis aux règles des donations et des testaments, tombe par là-même sous le coup de l'action en retranchement de l'article 908 pour toute disposition excédant la quotité déterminée par l'article 757.

L'article 761 donne à l'ascendant le moyen de faire un partage valable sans y comprendre son enfant naturel : il n'a qu'à lui donner entre-vifs la moitié de sa part *ab intestat* en déclarant sa volonté de le réduire à cette portion.

Le partage doit aussi comprendre les descendants des enfants prédécédés (art. 1078) : le principe de la représentation l'exige. Mais il en serait de même si tous les enfants du premier degré étant morts, les petits-enfants étaient appelés de leur propre chef à la succession de l'ascendant. Les représentants ne doivent pas être considérés comme omis lorsque le représenté se trouve apporportionné. Mais le fait que les représentants auraient été apporportionnés n'empêcherait pas la nullité du partage si le représenté omis arrivait en définitive lui-même à la succession.

Le partage ne serait pas nul tout entier si on avait omis simplement un des enfants d'un descendant prédécédé ; il suffirait de faire une nouvelle répartition dans la souche à laquelle il appartient.

Si tous les copartagés étaient renonçants ou indignes, leurs enfants étant appelés directement et de leur propre chef à la succession de l'ascendant et n'ayant aucun titre

pour recueillir la part attribuée à leur auteur, puisque la représentation n'a pas lieu dans cette hypothèse, le partage se trouverait nul.

Les représentants qui auront renoncé à la succession du représenté, leur père, ne pourront évidemment prendre les biens qu'il avait reçus de l'ascendant. Et cependant ils n'auront pas le droit de se plaindre et d'attaquer son partage. Cette solution n'est que la conséquence des principes de la représentation.

L'enfant qui a encouru la révocation de la part qui lui avait été attribuée entre-vifs doit-il être considéré comme omis? Nous avons traité cette question déjà plus haut et nous avons admis que les autres copartagés ont le choix de rendre sa part à l'enfant coupable ou de demander un nouveau partage.

La plupart des auteurs exigent que chaque descendant soit apportionné en proportion de son droit héréditaire ⁽¹⁾. C'est, en effet, une des règles du partage des successions. Citons comme exemple de partage vicieux, avec M. Genty, le cas où un ascendant ayant apportionné son enfant naturel, le légitime ensuite sans rien changer à ses dispositions, ou bien celui où ayant un fils et deux petits-enfants d'un fils prédécédé, il leur donne à chacun le tiers de ses biens. Il y aura le plus souvent dans cette hypothèse une lésion de plus du quart dans l'un des lots; mais non toujours cependant. En tous cas, il n'est pas indifférent de dire que le partage est nul pour lésion de plus du quart ou qu'il l'ait en vertu de la nullité qui nous occupe. Celle-ci, prenant sa source dans l'article 1078, constitue une nullité absolue, invocable par tous les co-

(1) Genty, p. 298; Demol., n° 165; Bonnet, II, 552.

partagés, tandis que l'autre n'est qu'une nullité relative. Il est bien entendu, du reste, que notre nullité ne doit pas s'induire du fait même que la valeur des différents lots n'est pas en harmonie exacte avec le droit héréditaire de chaque enfant, sans quoi elle se présenterait toujours dans le cas de lésion; il faut qu'elle résulte des termes mêmes du partage.

78. — Le partage d'ascendant est nul non-seulement pour omission d'un descendant, mais aussi pour omission de tout successeur à titre universel. L'article 1078 ne mentionne pas, il est vrai, ce dernier; mais la solution découle des principes de droit commun, car le partage ne peut être valable que s'il comprend tous ceux qui sont dans l'indivision. Le légataire universel ou à titre universel devra donc être apportonné dans le testament-partage, sous peine de nullité. Et, puisque la jurisprudence permet à l'ascendant qui a fait une donation de biens à venir de faire encore le partage de son patrimoine, il devra, pour le rendre valable, y comprendre l'institué contractuel.

Le partage fait en violation de l'article 1078 est nul d'une nullité absolue, pour défaut de cause. Aussi les copartagés peuvent-ils se prévaloir de cette nullité tout aussi bien que ceux qui ont été omis (art. 1078). Pour en avoir le droit, il suffit d'arriver à la succession de l'ascendant. Il aurait été d'ailleurs injuste de laisser dans l'incertitude les enfants apportonnés; c'eût été en plus contraire au principe que nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision, car l'indivision ne cesse que lorsque chacun des héritiers a reçu sa part dans la succession.

L'acte étant inexistant, il n'est pas besoin d'agir en nullité. Une seule action est donnée aux descendants, une action en partage de la succession qui se trouve indivise entre eux, une action *familiæ erciscundæ*. Et il n'y a pas à distinguer pour cela entre l'hypothèse où l'enfant omis agit lui-même et celle où l'un des enfants apportionnés prend les devants. C'est à tort qu'on a voulu obliger ce dernier à demander d'abord la nullité du partage d'ascendant, car la loi ne fait aucune distinction et le partage est inexistant à l'égard de tous les héritiers (1).

§ 2.

Rescision pour lésion de plus du quart.

79. — L'égalité est une des conditions essentielles du partage. « La base du partage, disait le tribun Siméon dans son rapport au Corps législatif, est l'égalité. Il cesse d'être partage s'il n'est pas égal, sinon mathématiquement, au moins dans une certaine proportion » (Locré, t. X, p. 304).

Aussi l'article 887 permet-il à celui qui a obtenu moins des trois quarts de sa part légale de demander la rescision du partage. Et l'article 1079, faisant l'application de cette règle générale au partage d'ascendant, porte que « le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart. »

(1) Demol., t. VI, nos 167 et 168; Réquier, n° 168; Genty, p. 301 et 302; Bonnet, II, 353 et 354; Laurent, t. XV, p. 126; Aubry et Rau, t. VIII, § 730, notes 9 et 14. Voyez dans l'ancien droit, Auteurs des Pommiers, Coutume de Bourbonnais, art. 246.

Le législateur a cru bon de le répéter, de s'en expliquer formellement dans notre chapitre, pour ne laisser planer aucun doute. Car sous notre ancien droit la jurisprudence qui admettait la rescision du partage pour lésion du tiers au quart n'avait pas assimilé sous ce rapport le partage d'ascendant au partage ordinaire. Les coutumes de préciput validaient toujours les dispositions de l'ascendant en n'accordant à l'enfant lésé qu'une action en complément de sa légitime dans le cas où elle se trouvait entamée. Et, dans les coutumes d'égalité, la moindre lésion pouvait faire annuler le partage d'ascendant, car on la considérait comme un avantage prohibé. Nous avons vu cependant que dans ces dernières coutumes on ne tenait pas compte en pratique de la lésion par trop minime. On aurait donc pu croire, sans l'article 1079, que l'ascendant, ayant dans la législation actuelle la faculté de disposer de sa quotité disponible au profit d'un étranger ou de l'un de ses enfants, n'avait fait qu'user de cette faculté légale en répartissant inégalement entre ses héritiers les biens de son patrimoine. Mais c'est un partage qu'il a déclaré faire. Aussi la loi a-t-elle eu raison de lui appliquer les règles de droit commun du partage.

L'inégalité des lots doit donc être considérée comme le résultat d'une erreur matérielle, capable d'entraîner la rescision de l'acte tout entier si elle est considérable. La liberté de l'ascendant ne s'en trouve pas diminuée : il lui est toujours loisible de disposer comme il l'entend de sa quotité disponible en déclarant vouloir avantager un de ses enfants, en employant en un mot la forme ordinaire de la disposition par préciput (art. 843).

L'inégalité de plus du quart est seule prise en considéra-

tion. On ne pouvait exiger de l'ascendant une plus grande précision que des communistes eux-mêmes. Il fallait bien ici encore laisser une part à l'incertitude des appréciations humaines. L'ascendant, il est vrai, pourra en profiter pour avantager indirectement quelques-uns de ses enfants. Mais qu'il fasse bien attention, qu'il ne dépasse pas la limite, de peur de voir son œuvre entièrement détruite. La loi, d'ailleurs, déjouera son calcul s'il avantage dans son partage l'enfant auquel il a fait déjà une libéralité préciputaire (art. 1079, *in fine*); nous le verrons plus loin.

Le fait que l'un des descendants aurait reçu dans le partage plus du quart au delà de sa part héréditaire ne saurait autoriser ses cohéritiers à en demander la nullité, si aucun d'eux ne pouvait justifier d'une lésion de plus du quart à son préjudice. C'est ainsi que dans le partage d'une masse de 100 fait entre trois enfants, dont l'un aura reçu 50 et les deux autres chacun 25, ceux-ci ne seraient pas admis à se plaindre, puisqu'ils ont reçu les trois quarts de leur part normale. Celle-ci, en effet, était 33,33 dont les trois quarts sont 24,99.

Bien que l'article 1079 ne qualifie pas d'action en rescision l'action qui nous occupe, tout le monde est d'accord pour y voir l'action en rescision de l'article 887. Elle sera donc soumise aux mêmes règles que cette dernière. Le Code a jugé inutile de les rappeler ici.

Le but de l'action en rescision pour lésion de plus du quart n'est pas d'assurer aux descendants la possession intacte de leur réserve. Celle-ci peut très-bien se trouver entamée sans qu'ils puissent néanmoins attaquer le partage; de même qu'à l'inverse il n'est pas nécessaire qu'elle soit entamée pour qu'ils puissent le faire rescin-

der. Cette action fait abstraction de la réserve et de la quotité disponible. Elle regarde seulement si dans la masse des biens partagés chaque enfant a reçu les trois quarts de sa part normale. Ainsi, supposons que le patrimoine d'un père de famille se monte à 600. Il donne 400 à l'un de ses deux enfants et 200 à l'autre. Ce dernier a le droit de se plaindre, bien qu'ayant reçu juste sa réserve entière. Tandis que réduit à 150, il devrait se contenter de son lot si son frère n'avait reçu que 250 et que la quotité disponible, les 200 restants, eût été donnée à un étranger.

Ce résultat, du reste, n'a rien qui doive étonner. On peut le retrouver dans le partage ordinaire de la succession *ab intestat* opéré par les enfants eux-mêmes. Dans ce cas seulement les enfants ont toute liberté pour sauvegarder leurs intérêts et ils peuvent mettre leur défense sous la protection et la garantie des tribunaux. C'est pourquoi le Code italien ne permet pas à l'ascendant d'entamer la réserve de ses enfants. « Le partage fait par l'ascendant, porte l'article 1048 du Code italien, peut être attaqué s'il résulte du partage ou des autres dispositions faites par l'ascendant, que l'un de ceux entre lesquels les biens ont été partagés a été lésé dans sa portion légitime. » Cet article a l'inconvénient de priver l'ascendant qui a disposé déjà de sa quotité disponible de la faculté de partager ses biens entre ses enfants; car il lui est presque impossible d'observer entre eux une égalité mathématique.

La lésion ne doit être estimée que sur la masse qui a été partagée par l'ascendant. Ce n'est, en effet, que comme copartageant qu'on a droit à l'égalité. C'est pourquoi il n'est tenu aucun compte, pour ce calcul, des

biens donnés à un étranger ni de ceux que l'un des copartageants aurait reçus à titre de préciput : ces biens ne rentrent pas dans le partage. Le copartagé qui aura reçu un préciput pourra donc très-bien se trouver possesseur d'une plus grande partie du patrimoine de l'ascendant que les autres et avoir cependant le droit de demander la rescision du partage. Ainsi, supposons que Primus ait pris dans la succession de son père, se montant à 520, une somme de 100 à titre de préciput et 100 pour sa part dans le partage, tandis que le lot de chacun de ses deux frères s'élève à 160. La masse partagée entre eux trois étant de 420, les parts normales, le tiers, étaient de 140; Primus n'a pas reçu les trois quarts de la sienne, c'est-à-dire 105. Il gardera donc les 100 qu'il a en préciput, mais il fera tomber le partage de son père et demandera une nouvelle distribution des 420 qui restent dans sa succession.

Il n'y a pas lieu de distinguer au point de vue de la solution à donner si la donation préciputaire a précédé le partage, si elle a été faite dans le même acte que celui-ci, ou bien au contraire postérieurement. On a dit, il est vrai, que dans ce dernier cas, l'ascendant a suffisamment indiqué l'intention de réparer l'inégalité résultant du partage (1). Nous ne contestons pas qu'il puisse réparer son erreur : il a assurément ce droit. Mais qu'il le dise formellement, ou du moins que sa volonté de rétablir l'équilibre dans le partage découle clairement des termes mêmes employés dans sa disposition préciputaire (2).

(1) Dalloz, Rép., *Dispos. entre-vifs*, 4600 et 4601; Montpellier, 5 juil. 1853, D. 54, 2, 63.

(2) Demol., n° 177 bis.

Il se peut que l'ascendant ait confondu dans sa répartition les biens donnés en préciput à son enfant avantagé et ceux qui doivent former son lot dans le partage. Cela se présentera, par exemple, si ayant donné sa quotité disponible à l'un de ses fils par contrat de mariage, il opère ensuite la distribution de tous ses biens avant de mourir. Eh bien ! dans ce cas, la lésion permettant à l'enfant avantagé de demander la nullité du partage se calculera-t-elle sur l'ensemble des biens qui lui ont été attribués, ou seulement sur les biens qu'il a reçus à titre de réservataire ? En supposant que la quotité disponible fût de 100 et sa part normale dans la réserve de 100 aussi, aura-t-il le droit de se plaindre s'il n'a pas reçu les trois quarts de cette dernière, 75, en plus de son préciput en entier, c'est-à-dire en tout 175, ou bien, au contraire, toute réclamation lui sera-t-elle interdite s'il a reçu 150 ? C'est la première solution qui est la seule juridique. Ce qui a été attribué en préciput au copartagé ne compte pas dans la masse partageable. Celle-ci ne se compose plus que des biens formant la réserve. Aussi l'enfant doit-il avoir le droit de se plaindre dès qu'il n'a pas reçu les trois quarts de sa part dans la réserve (1). La solution contraire est incompatible avec le principe de l'irrévocabilité des donations. Après avoir donné irrévocablement la quotité disponible tout entière, l'ascendant ne peut, pas plus au moyen d'un lotissement de partage que par toute autre voie, en reprendre un quart.

Quelquefois l'ascendant déclare attribuer à l'un de ses

(1) Demol., n° 177 ; Genty, p. 306 ; Aubry et Rau, § 734, note 8 ; Caen, 31 mars 1838 ; Sir., 38, 2, 419 ; Nîmes, 8 nov. 1864 ; Sir., 65, 2, 74 ; *Contrà* Réquier, n° 179 ; Bonnet, II, n°s 577 à 581 ; Berthauld, *Questions pratiques*, II, p. 286.

descendants un lot moins fort dans son partage à cause du préciput qu'il lui a déjà donné. Quel est le résultat de cette déclaration expresse? Elle n'enlèvera assurément pas l'action en rescision pour lésion à l'enfant apportionné dans un testament-partage : ce serait une atteinte à l'irrévocabilité des donations. Faite, au contraire, dans un partage entre-vifs, elle produira tous ses effets puisque le consentement de l'enfant avantagé par préciput est nécessaire à la validité de la donation-partage ⁽¹⁾.

80. — La lésion ne s'estime qu'en égard aux objets formant la matière du partage, et non en égard à la masse totale des biens composant le patrimoine de l'ascendant. Pour apprécier la lésion, on n'aura donc pas à s'occuper de la distribution des biens restés indivis dans la succession ; ces biens donnent lieu à un partage supplémentaire (art. 1077), complètement distinct du partage d'ascendant ⁽²⁾. Le partage opéré par l'ascendant est définitif et complet par lui-même : la loi ne veut pas qu'on le remette en cause. Toutefois il n'est pas défendu aux descendants qui voudraient en arrêter la rescision d'offrir au lésé un supplément sur la portion qui leur revient dans le partage des biens indivis : ce n'est que l'application de l'article 891. Mais il ne saurait être question ni de fondre dans cette nouvelle opération le partage fait

(1) Lyon-Caen, *Th.*, p. 260.

(2) Aubry et Rau, t. VIII, § 734, note 6 ; Réquier, n^{os} 175 et 177 ; Duranton, IX, 648 ; *Contrà* Bonnet, II, 572 et s. ; Barafort, p. 50 et 92 ; Lyon-Caen, p. 262 ; Bertauld, II, n^o 122 ; Demol., n^o 180 ; Cass., 2 août 1848 ; Sir., 49, 1, 254 ; Cass., 6 févr. 1860, D. 60, 1, 89 ; Cass., 17 août 1863 ; Sir., 63, 1, 520 ; Cass., 29 août 1864 ; Sir., 64, 1, 435.

par l'ascendant, ni de procéder à une liquidation générale de la succession.

Mais si l'ascendant a fait lui-même plusieurs partages successifs, la lésion ne sera appréciée que sur l'ensemble des partages. Il a probablement voulu compenser les inégalités de l'un par les inégalités de l'autre. Ils émanent tous de la même volonté et sont destinés à se compléter mutuellement. C'est, du reste, la jurisprudence de la Cour de cassation en cas de multiplicité des partages ordinaires. Aussi, tous les auteurs sont d'accord sur ce point.

81. — L'action en rescision pour lésion n'appartient aux enfants qu'autant qu'ils deviennent héritiers de l'ascendant, car ce n'est qu'en cette qualité qu'ils sont copartageants (1). « La base de l'action en rescision est le droit à l'égalité, dit M. Genty; or, ce droit a son principe dans la qualité d'héritier, et non dans celle de donataire. » Cette décision, admise sans contestation dans le cas d'un partage testamentaire, a soulevé quelques difficultés dans l'hypothèse d'un partage entre-vifs de la part des auteurs qui voient dans la donation-partage un partage immédiat. Cependant, un assez grand nombre parmi eux s'y sont ralliés (2).

Cette cause de rescision est réservée aux enfants copartagés. Elle reste étrangère aux tiers qui auraient pu être compris dans le partage d'ascendant.

Nous avons admis plus haut que la promesse d'égalité faite par un père à l'un de ses enfants, n'enlevait pas à celui-ci la qualité d'héritier, et qu'elle ne saurait priver

(1) Genty, p. 305; Demol., n° 478.

(2) Aubry et Rau, § 734; Réquier, n° 181; *Contra* Bonnet, II, 522.

l'ascendant du droit de faire le partage de ses biens. Si cet enfant avait obtenu dans le partage une part inférieure à celle de ses frères, il ne pourrait pas, assurément, s'il avait reçu les trois quarts de sa part, demander la rescision du partage; mais il serait autorisé à demander la réparation de la lésion (1).

Nous avons cru que les principes ne permettaient pas de comprendre un donataire de biens à venir ordinaire dans un partage d'ascendant. La jurisprudence et les auteurs qui sont d'une opinion contraire devraient, croyons-nous, appliquer à ce cas la solution qui vient d'être donnée pour la promesse d'égalité (2). Car nous ne pensons pas que l'ascendant qui a fait une promesse à son institué contractuel, puisse ensuite impunément la violer. Cependant, la Cour de cassation ne permet pas au donataire de biens à venir de se plaindre s'il n'a pas été lésé de plus du quart. « Attendu, dit-elle, dans un arrêt du 25 février 1878 (3), quant à l'institution contractuelle, que l'ascendant ne peut être privé du droit de faire un partage entre ses enfants, par le fait seul qu'antérieurement il aurait irrévocablement attribué à l'un d'eux, dans son contrat de mariage, une quote-part indivise de ses biens à venir; attendu qu'il ne s'agit, dans l'espèce, ni d'une donation portant sur un objet ou un immeuble déterminé, ni d'une promesse rigoureuse d'égalité, mais seulement du don du quart disponible des biens; attendu qu'il est constaté qu'il n'a pas été porté atteinte inten-

(1) Demol., nos 76, 78 *bis* et 185; Aubry et Rau, § 734, note 34; Genty, p. 306; Dijon, 13 juillet 1870, D. 72, 1, 54; *Contrà* Réquier, nos 122 et 180.

(2) Demol., *loc. cit.*

(3) Sir., 81, 1, 73.

tionnellement à cette quotité; que dès lors, si, par le résultat des attributions et de l'insuffisance des estimations, une lésion de moins du quart venait à être établie, elle ne rentrerait pas dans les prévisions de l'article 1079, et n'autoriserait pas l'action intentée par le demandeur... rejette... »

Le légataire universel ou à titre universel n'a pas droit à l'égalité. La disposition de l'ascendant n'a pas le caractère de partage à son égard, mais doit être considérée comme une disposition testamentaire ordinaire. Aussi ne peut-il pas demander la rescision du testament-partage pour cause de lésion. Il gardera tout ce qu'il a reçu de l'ascendant, quand même les descendants auraient éprouvé une lésion de plus du quart, car l'ascendant était libre de faire des legs dans les limites du disponible. Mais il sera, en revanche, exposé à l'action en réduction de la part de l'enfant dont la réserve aurait été entamée, alors même qu'il n'aurait éprouvé dans son lot qu'une lésion très-minime; sans quoi l'ascendant aurait, dans la faculté de partager ses biens, un moyen d'éluder, au profit des tiers, les règles de la réserve; ce qui n'ayant pas été permis expressément par la loi, reste défendu comme contraire aux principes généraux ⁽¹⁾.

Quand un enfant naturel a été compris dans le partage d'ascendant, les enfants légitimes ne sont-ils admis à se plaindre que s'ils ont éprouvé dans leur lot une lésion de plus du quart; ou bien, au contraire, peuvent-ils exercer contre l'enfant naturel l'action en retranchement quand celui-ci a reçu une part plus grande que sa part héréditaire? C'est une question controversée. Pour

(1) Genty, p. 312 et 313; Demol., n° 197; Lyon-Caen, *Th.*, p. 261.

leur refuser cette dernière action et les réduire par conséquent à la seule ressource de l'action en rescision pour lésion de plus du quart, on fait observer que l'enfant naturel doit être compris dans le partage en vertu des articles 1075 et suivants, et que ces articles ne tiennent aucun compte de la lésion inférieure au quart de la part héréditaire. L'enfant naturel n'est pas un donataire, mais un copartageant ordinaire. C'est absolument comme si les enfants avaient fait la répartition eux-mêmes; et il est bien certain qu'alors aucun d'eux ne pourrait réclamer s'il n'avait éprouvé une lésion de plus du quart (1). Assurément le législateur n'a pas en général considéré le partage comme une libéralité. Mais il n'est pas probable non plus qu'il ait voulu permettre au père naturel de violer la disposition prohibitive de l'article 908 et de faire par la voie détournée du partage ce qu'il lui défend si sévèrement de faire de toute autre manière. La voie du partage doit lui être fermée comme toute autre voie. « Parcela seul, en effet, dit M. Genty, que la loi a refusé aux père et mère naturels le pouvoir d'avantager, soit directement, soit indirectement, leur enfant naturel, elle leur a refusé le pouvoir de l'avantager par la voie indirecte du partage, non moins que par la voie directe d'une disposition par préciput (2). »

82. — Le défendeur à l'action en rescision peut, d'après le droit commun, empêcher la chute du partage en offrant au demandeur le supplément de sa portion, en nature ou en numéraire (art. 891). Cette disposition, fort

(1) Bertauld, II, 1250; Lyon-Caen, *Th.*, p. 261.

(2) Genty, p. 101, 102 et 313; Demol., n° 198; Bonnet, II, n° 589.

utile en matière de partage ordinaire, se trouve commandée ici par les mêmes raisons. Aussi la jurisprudence et la doctrine sont-elles d'accord pour l'appliquer (1). Ce supplément pourrait être fourni au moyen des biens non compris dans le partage et qui se trouveraient indivis dans la succession de l'ascendant.

Le juge ne pourrait pas l'ordonner d'office.

83. — A quelle époque doit-on estimer les biens partagés pour savoir s'il y a eu lésion?

« Pour juger s'il y a eu lésion, dit l'article 890, on estime les biens suivant leur valeur à l'époque du partage. »

Cette règle de droit commun doit évidemment trouver ici encore son application, car il est rationnel que pour vérifier si le partage a été fait conformément au principe d'égalité on se reporte au moment de sa confection. Tout le monde en convient.

Nous aurons donc résolu la question quand nous aurons décidé à quel moment a pris vie le partage.

Pour le partage testamentaire il n'y a aucun doute possible. Étant un acte de dernière volonté il ne produit jamais d'effet qu'à la mort de l'ascendant. C'est donc à ce moment que doit s'apprécier la lésion.

La réponse n'est pas aussi facile pour le partage entre-vifs. C'est qu'on n'est pas d'accord, comme nous l'avons vu plus haut, sur l'époque où commencent à se produire les effets du partage.

(1) Réquier, n° 183; Genty, p. 323; Demol., n° 181; Aubry et Rau, § 734; Bonnet, II, 590; Troplong, n° 2337; Duranton, IX, 651; Grenoble, 25 nov. 1824, Sir., 25, 2, 171; Lyon, 22 juin 1825, Sir., 25, 2, 366; Toulouse, 13 juin 1836, Sir., 36, 2, 556; Req., 17 août 1863, Sir., 63, 1, 529.

Ceux qui croient que la donation-partage présente immédiatement le caractère d'un partage, soit de la succession de l'ascendant, soit de choses communes, doivent nécessairement admettre, sous peine d'inconséquence, que l'estimation de la lésion se fait au moment même de la donation ⁽¹⁾.

Ceux qui pensent, au contraire, qu'elle ne constitue jamais qu'une simple donation durant la vie de l'ascendant et qu'elle ne peut être un partage qu'à partir de son décès, n'estiment logiquement la valeur des biens, pour apprécier s'il y a eu lésion ou non, qu'à cette dernière époque ⁽²⁾.

Il est difficile de dissimuler les conséquences fâcheuses qu'entraîne trop souvent la seconde solution et qui peuvent aboutir à l'impossibilité morale pour l'ascendant de faire d'une manière définitive le partage entre-vifs de son patrimoine. Quel père de famille, en effet, pourra être assuré que la distribution impartiale de ses biens entre ses enfants ne tombera pas à sa mort sous le coup d'une action en rescision pour lésion? Il ne lui suffit plus de connaître le présent : il faut qu'il connaisse l'avenir. Car s'il survit dix ans, quinze ans peut-être à son partage, les lots se trouveront-ils encore égaux au moment

(1) Réquier, nos 134 et s.; Larombière, *Des obligations*, IV, art. 1304; Labbé, *Journal du Palais*, 1863, p. 933 et s.; Duranton, IX, n° 646; Colmet de Sant., IV, n° 247 bis, VII à XI; Dubernet de Boscq, *Revue critique de jurisprudence*, 1859, XV, p. 251 et 481; Laurent, XV, p. 153.

(2) Parmi les auteurs que nous citons il en est quelques-uns cependant qui voient dans le partage entre-vifs un partage actuel. Aubry et Rau, § 734, texte et note 12; Demol., nos 220 et 221; Bonnet, II, 633 et s.; Barafort, p. 45 et s.; Genty, p. 318; Troplong, IV, 2331; Lyon-Caen, *Th.*, p. 272.

de sa mort? Est-ce qu'un immeuble ne peut pas dans un laps de temps relativement très-court doubler ou diminuer de moitié de valeur par suite du percement d'une route, de l'établissement d'un chemin de fer, d'un défrichement, d'un incendie, d'une inondation, d'une dépréciation ou d'une plus-value quelconque en un mot? Quel enfant sera assez hardi pour améliorer son lot du vivant de l'ascendant? Et que sera-ce donc pour les meubles si la valeur des immeubles eux-mêmes est exposée à une telle fluctuation? Nous ne citerons pas les saisissants tableaux des adversaires de ce système (1). Nous nous contenterons de reproduire les gémissements et les doléances de ses défenseurs. « Il y a toutefois, dit M. Demolombe (2), une conséquence de cette doctrine qui peut paraître, nous en convenons, particulièrement regrettable; c'est celle qui, pour juger s'il y a eu lésion, veut que l'on estime les biens d'après leur valeur à l'époque du décès de l'ascendant. » M. Bonnet, après avoir énuméré quelques-unes des causes qui peuvent amener un changement dans la valeur des biens, s'écrit : « De là des causes multiples de rescision si l'estimation doit se faire d'après la valeur des biens au temps du décès. C'est là un inévitable danger. Subordonnée à toutes les éventualités de l'avenir, l'œuvre du père de famille reste sans garantie suffisante de stabilité. L'acte destiné à fixer le sort de la famille, à prévenir les contestations entre ses membres, peut dégénérer en une source de procès et de spéculations honteuses (3). » « Il ne faut pas mécon-

(1) Voyez surtout Labbé, *Journal du Palais*, 1863, p. 934 et suiv., et Réquier, p. 533 et suiv.

(2) Demol., t. VI, n° 221.

(3) Bonnet, II, p. 273.

naître que cette doctrine offre de très-graves inconvénients, écrit M. Lyon-Caen (1). Avec elle l'ascendant est placé dans l'impossibilité de faire avec certitude un partage entre-vifs échappant à la rescision pour cause de lésion; car un partage parfaitement égal à l'origine peut devenir lésif par suite de changement dans la valeur des biens partagés que n'a pas pu prévoir l'ascendant. Pour faire un partage stable, il ne suffirait pas que l'ascendant fût juste et connût exactement la valeur de ses biens; il faudrait en outre qu'il fût un véritable devin. »

On a essayé de diminuer ces inconvénients en restreignant aux immeubles l'estimation au moment du décès de l'ascendant (2) et en estimant les meubles au moment de la donation; en appliquant à ceux-ci, en un mot, les règles de l'estimation des meubles au cas de rapport (art. 868). Cet amendement, repoussé par la plupart des partisans du même système (3), comme non juridique, puisqu'il applique les règles du rapport à une hypothèse où il n'a jamais lieu, ne serait du reste qu'un remède insuffisant, car il ne saurait remédier au changement de valeur survenu dans les immeubles.

MM. Aubry et Rau, Barafort, Bertauld et Bonnet (4), prétendent que l'estimation des biens au décès de l'ascendant n'a nullement pour conséquence d'empêcher les descendants d'améliorer les biens qu'ils en ont reçus, puisque, aux termes de l'article 922, l'estimation des

(1) Lyon-Caen, *Th.*, p. 271.

(2) Genty, p. 348; Demol., nos 222 et s.

(3) Lyon-Caen, *Th.*, p. 272.

(4) Aubry et Rau, § 734, note 11; Barafort, p. 45 et s.; Bertauld, *Quest. prat.*, II, p. 91; Bonnet, II, 633 et s. Ces auteurs voient pourtant dans la donation-partage un partage *hic et nunc*.

biens devant se faire d'après leur état au moment de la donation, il sera tenu compte aux copartagés des améliorations survenues par leur fait, de même qu'ils devront compte des dépréciations résultant de leur négligence. Il n'est pas bien certain d'abord que l'article 922 soit applicable en notre matière : il est relatif au calcul de la réserve et non point à celui de la lésion : c'est l'article 890 qui règle celui-ci. Serait-il même applicable à notre hypothèse, ce serait un remède bien insuffisant puisque personne n'ignore que les dépenses d'amélioration, dans l'agriculture surtout, produisent bien rarement une plus-value équivalente, et que quand elles la produisent ce n'est, en général, qu'après de longues années. Il n'est donc pas téméraire d'affirmer que celui qui n'est pas sûr d'améliorer pour lui n'améliorera pas.

Au point de vue pratique donc le premier système, celui qui veut qu'on estime la valeur des biens donnés au moment même de la donation, l'emporte de beaucoup sur le second. Mais est-il juridique? Nous le croyons. Non pas que la donation-partage constitue immédiatement et définitivement un partage comme le proclament en général ses propagateurs⁽¹⁾. Nous n'avons pas admis cette théorie sur le caractère du partage entre-vifs. Et nos solutions ont été même le plus souvent en opposition avec les siennes⁽²⁾. Mais parce que, d'après nous, le caractère distributif de la donation-partage est conditionnel et que, par conséquent, si la condition se réalise, si les donataires deviennent héritiers, il y aura eu partage dès le

(1) Réquier, n° 187; Labbé, *Journal du Palais*, 1863, p. 934; Laurent, XV, p. 153.

(2) Et nous ne serons pas encore de même avis à propos du point de départ de l'action en rescision.

moment de la donation. L'estimation des biens lors de l'abandon de l'ascendant est une des plus heureuses conséquences de notre principe.

Voyons maintenant rapidement les décisions de la jurisprudence sur la question qui nous occupe.

Logique avec elle-même, tant qu'elle vit dans la donation-partage un partage de présuccession, elle estima les biens donnés au moment même de la donation ⁽¹⁾.

Depuis 1847, la Cour suprême, ayant abandonné son ancienne théorie et ne voyant plus dans l'opération de l'ascendant qu'une simple donation durant sa vie, ne calcule plus la lésion qu'à l'époque de son décès. Plusieurs Cours d'appel ont longtemps essayé de résister; mais, voyant leur résistance inutile, elles ont fini par céder et par adopter la décision de la Cour de cassation ⁽²⁾. La Cour d'Agen seule, sous l'influence du président Réquier, a prolongé plus longtemps la lutte et par trois arrêts a décidé que la valeur des biens devait être estimée au moment même de la donation ⁽³⁾.

La Cour de cassation ne fait aucune distinction entre les immeubles et les meubles : tous ne sont estimés qu'au décès de l'ascendant. Elle repousse donc l'application de l'article 868. Consacrée implicitement déjà par plusieurs arrêts, cette assimilation des meubles aux immeubles au

(1) Cas., 12 juil. 1836, Sir., 36, 1, 534; Cass., 4 fév. 1845, Sir., 45, 1, 315.

(2) Cas., 16 déc., 1878, D. 79, 1, 223; Bourges, 22 déc. 1879, D. 80, 2, 118; Cass., 26 déc. 1876, D. 77, 1, 171; Cass., 25 août 1869, D. 69, 1, 466; Cass., 18 juin 1867, D. 67, 1, 274; Lyon, 5 avril 1878, D. 79, 1, 224; Limoges, 3 déc. 1868, D. 69, 2, 176; Bordeaux, 9 juin 1863, D. 63, 2, 207.

(3) Agen, 11 juil. 1861, Sir., 62, 2, 375; 31 déc. 1868, Sir., 68, 2, 17; 12 fév. 1869, D. 69, 1, 467.

point de vue de l'époque de leur estimation l'a été expressément par la Chambre des Requêtes à la date du 16 décembre 1878 (1). C'est la première fois que la Cour avait à statuer sur la question spéciale des meubles.

Mais elle applique l'article 922 : estimation des biens d'après leur valeur au moment du décès, mais d'après leur état au moment de la donation (2).

La lutte dans la jurisprudence finira, on peut même dire qu'elle est finie, faute de combattants. Mais ce n'est pas sans réclamation de la part d'un grand nombre de jurisconsultes. A défaut d'une réforme judiciaire ils appellent une réforme législative (3). Cet appel serait assurément digne de l'attention du Parlement.

La Commission supérieure de l'enquête agricole faite en 1866, 1867 et 1868 avait déjà émis le vœu que le législateur imposât au magistrat l'obligation de calculer la lésion sur la valeur des biens au moment de l'abandon de l'ascendant (4). Formulé dans un projet de loi déposé en 1871 à l'Assemblée nationale par MM. Lucien Brun, Mortimer-Ternaux et Baragnon, ce vœu ne reçut malheureusement pas la consécration législative qu'il méritait d'obtenir (5).

(1) D. 1879, 1, 223.

(2) Cass., 26 déc. 1876, D. 77, 1, 471 ; Cass., 15 mai 1876, D. 77, 1, 322 ; Bordeaux, 8 mai 1878, D. 79, 2, 483.

(3) Réquier, p. 455 et s. ; Barafort, p. 467 et s.

(4) *Documents généraux*, t. II, p. 49 et 69.

(5) *Journal officiel*, 21 juin 1871.

§ 3.

*Nullité pour atteinte à la réserve dans le cas
de l'article 1709 in fine.*

84. — Le partage d'ascendant pourra aussi être attaqué, porte l'article 1709, « dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par le préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet. »

L'ascendant est maître de sa quotité disponible; il peut la donner à qui il lui plaît. Mais que ses libéralités ne portent pas atteinte à la réserve; elles seraient alors diminuées, réduites à la quotité légale. C'est une règle générale et stricte en matière de libéralités entre-vifs ou testamentaires.

Le partage d'ascendant n'est pas considéré comme une libéralité : c'est un acte de répartition. Aussi les copartagés n'ont-ils pas le droit de se plaindre s'ils ont reçu les trois quarts de la part qui devait normalement leur revenir dans les biens distribués : toute inégalité inférieure n'est pas prise en considération. Il arrivera donc quelquefois, comme nous l'avons déjà fait remarquer, que quelques-uns d'entre eux, bien que n'ayant pas leur réserve intacte, seront cependant forcés de respecter les dispositions de l'ascendant. Et cela se présentera presque nécessairement lorsque celui-ci, ayant donné déjà par préciput sa quotité disponible, n'aura fait la distribution que des biens réservés, car il est presque impossible que les différents lots soient strictement égaux entre eux. Exiger la stricte égalité dans cette hypothèse

eût été priver l'ascendant de la faculté de faire en même temps que le partage de ses biens la donation de son disponible.

Le partage d'ascendant pourra donc être entre les mains du père de famille un moyen de désavantager un ou plusieurs de ses enfants dans une mesure plus grande que par toute autre disposition. Mais le Code, prévoyant la cause la plus fréquente de cette inégalité, et voulant empêcher surtout que l'un des enfants ne fût par trop injustement avantagé, est venu par les dispositions finales de l'article 1079 au secours de l'enfant sacrifié. Il s'occupe de l'hypothèse où le père de famille, se laissant aller à une préférence exclusive, favoriserait encore dans son partage, mais pas assez cependant pour occasionner une lésion de plus du quart dans le lot d'un des autres, l'enfant auquel il aurait déjà donné par préciput toute sa quotité disponible. Le droit commun lui eût assuré l'impunité. Le législateur n'a pas cru devoir tolérer ce calcul illicite et il a considéré qu'ici le bénéfice résultant des combinaisons du partage ne pouvait plus être mis sur le compte d'une erreur ou du hasard, mais indiquait assez ouvertement l'idée préconçue et bien arrêtée d'avantager un enfant au delà des limites tracées par la loi. Il y a vu une libéralité déguisée. Aussi, édictant une présomption légale, et qu'on ne peut détruire, a-t-il permis aux enfants dont la réserve serait ainsi entamée d'attaquer le partage de leur auteur.

Le projet du Code était bien plus sévère (art. 156 du projet) : il enlevait à l'ascendant qui avait fait des libéralités préciputaires à l'un ou à quelques-uns de ses enfants le droit de faire le partage de son patrimoine, craignant que la préférence qu'il avait déjà montrée pour

eux ne l'engageât à établir encore à leur profit des inégalités dans la distribution de ses biens. Mais le Conseil d'État fit observer avec raison et avec succès que la crainte d'un abus ne saurait justifier la limitation du droit et de la liberté de l'ascendant et qu'il suffisait de le réprimer lorsqu'il était constaté.

Pour que l'enfant lésé dans son droit de réservataire par les dispositions du partage de l'ascendant ait droit à l'action de l'article 1079 *in fine*, il faut donc que le partage avantage celui qui a reçu déjà par préciput la quotité disponible. Si sa réserve était entamée par la libéralité préciputaire seulement, il n'y aurait lieu qu'à l'action en réduction ordinaire de l'article 920; le partage ne serait pas remanié : il subsisterait dans toutes ses dispositions. Et si l'enfant avantagé dans le partage n'avait rien reçu hors part, l'enfant lésé dans sa réserve ne pourrait se plaindre que dans les conditions du premier alinéa de l'article 1079, c'est-à-dire que dans le cas d'une lésion de plus du quart.

Il pourrait se faire aussi qu'il eût droit cumulative-ment à l'action en réduction de l'article 920 et à la seconde action de l'article 1079 : si la donation par préciput atteignait la réserve, et si le partage avantageait en outre le préciputaire.

Nous devons soigneusement distinguer ces deux actions. La première existe contre toute libéralité entamant la réserve, sauf, par exception, contre le partage d'ascendant, qui n'est pas considéré comme une libéralité ordinaire. Elle sera donc seule donnée contre le donataire ou le légataire à titre universel qui aurait été compris dans le partage d'ascendant pour une part plus forte que le disponible, puisque nous n'y avons vu qu'un simple

gratifié et non pas un copartagé : il ne peut, par conséquent, pas plus invoquer le deuxième alinéa de l'article 1079 que le premier. On la donnera encore contre l'enfant naturel apportonné par l'ascendant, puisque nous avons admis, avec MM. Genty et Demolombe (1), que la disposition de l'ascendant ne constitue à son égard qu'une simple disposition à titre gratuit. La seconde action, au contraire, ne prenant jamais naissance qu'en cas de partage d'ascendant, est donnée contre l'enfant avantagé tout à la fois par le partage et par une disposition précipitaire.

Ainsi donc, l'atteinte à la réserve ne donne pas toujours droit de se plaindre à l'enfant lésé dans un partage d'ascendant. Il ne le pourra pas s'il a reçu plus des trois quarts de sa part dans les biens partagés, et si, d'autre part, le copartagé avantagé n'a pas en outre reçu par préciput la quotité disponible. Ainsi, si un père de famille dont la fortune se monte à 80 donne le disponible, 20, à l'aîné, puis, partageant ensuite ce qui lui reste, attribue 15 à l'aîné, 17 au second et 14 aux deux autres, ces derniers ne pourront nullement réclamer, puisque l'aîné, le précipitaire, n'a pas reçu plus que sa part dans la réserve, c'est-à-dire plus de 15 : le partage sera à l'abri de toute attaque.

Mais l'inégalité pourra quelquefois prendre un tout autre aspect. Supposons que le même père de famille donne encore son disponible, 20, à l'un de ses enfants, à l'aîné, si l'on veut; puis, dans la distribution du reste de sa fortune, attribue 24 au second, en ne laissant que 12 à chacun des trois autres, ou bien, laissant sa

(1) Genty, p. 312, 313; Demol., nos 197 et 198.

part entière à l'aîné, 15, donne 21 au second et 12 seulement aux deux derniers. Dans ces deux hypothèses, le précipitaire, l'aîné, n'est pas avantagé dans le partage; dans toutes les deux, non plus, aucun des enfants n'est lésé de plus du quart, puisque les moins favorisés reçoivent 12 alors que leur part entière ne serait que de 15. L'article 1079 est donc inapplicable dans ses deux dispositions. Doit-on cependant laisser le père de famille violer si ouvertement les prescriptions du Code civil sur la réserve des descendants, doit-on respecter sa combinaison habile et frauduleuse? Le texte de la loi l'y autorise, et la discussion qui eut lieu lors de sa rédaction prouve bien que le législateur n'a pas statué sur cette hypothèse (1). Pour nous, nous hésiterions, et nous penserions plutôt avec quelques jurisconsultes éminents (2) que, dans certains cas exceptionnels, comme ceux que nous venons de décrire, où la mauvaise foi et l'intention de frauder la loi est manifeste, les avantages de l'ascendant doivent être regardés comme des libéralités déguisées, tombant sous le coup de l'article 920, et que les enfants lésés pourraient obtenir le complément de leur réserve si audacieusement entamée, car la fraude fait exception à toutes les règles.

85. — La loi ne s'est pas plus expliquée au sujet de la nature de l'action qu'elle donne en cas d'atteinte à la réserve qu'à propos de celle qu'elle accorde aux descendants lorsqu'ils n'ont pas reçu les trois quarts de

(1) Grenoble, 30 juin 1839, Sir., 40, 2, 204; Bertauld, *Quest. prat.*, II, n° 275.

(2) Demol., n° 196; Aubry et Rau, § 734, texte et note 40; Bonnet, II, 597; Réquier, n° 221 *bis*.

leur part héréditaire. Nous avons vu que tout le monde était d'accord sur la nature de celle-ci. Mais il est loin d'en être de même pour celle-là.

Les uns y voient encore une action en rescision du partage, les autres une action en réduction seulement. On saisit toute suite la différence qui existe entre ces deux actions, et, par conséquent, quel intérêt il y a à reconnaître et à bien déterminer à laquelle des deux donne naissance l'atteinte à la réserve dans l'hypothèse qui nous occupe.

Si c'est une action en rescision :

1° Le partage tout entier sera anéanti et par suite les descendants se trouveront dans l'indivision ;

2° L'action sera dirigée contre tous les enfants copartagés ;

3° Il sera loisible au défendeur d'arrêter le cours de l'action en offrant de compléter la réserve du demandeur (art. 891) ;

4° La confirmation du partage par l'enfant lésé pourra emporter de sa part une renonciation à agir ;

5° L'action ne durera que dix ans, du moins quand le partage aura été fait entre-vifs (art. 1304).

Si, au contraire, c'est une action en réduction :

1° Le partage continuera à subsister. Le demandeur obtiendra simplement du défendeur le complément de sa réserve ;

2° L'enfant précipitaire avantagé par le partage devra seul être mis en cause par l'enfant lésé ;

3° Et il ne pourra s'y soustraire par l'offre d'une indemnité pécuniaire, car la réserve doit être fournie en corps héréditaires ;

4° La confirmation du partage de la part de l'enfant

lésé n'emportera pas nécessairement renonciation à son action ;

5° L'action durera trente ans, soit que le partage ait été fait par testament, soit qu'il ait eu lieu par donation entre-vifs.

C'est une action en rescision, croyons-nous ⁽¹⁾.

Le texte de l'article 1079 d'abord l'exige. « *Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué* pour cause de lésion de plus du quart; *il pourra l'être aussi* dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés a un avantage plus grand que la loi ne le permet. » Les deux actions sont mises sur le même plan. C'est le partage qui est attaqué et non-seulement la disposition excessive faite en faveur d'un des enfants. C'est donc bien encore la lésion d'un des copartagés que le Code vise dans le deuxième alinéa de l'article 1079; seulement ce n'est plus la lésion ordinaire de plus d'un quart, mais la simple lésion, si minime qu'elle soit, dans un cas particulier. Cette communauté de nature et de but de ces deux actions se trouve reconnue et affirmée même par la Cour de cassation qui cependant, nous le verrons tout à l'heure, ne voit ici qu'une action en réduction. « Attendu, dit-elle dans un arrêt du 1^{er} mai 1860, que l'action en réduction qu'intente l'un des copartagés qui prétend sa réserve entamée par des libéralités excessives, et l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart, *sont de la même nature, qu'elles tendent*

(1) Genty, p. 340 et suiv.; Demol., nos 489 et suiv.; Bonnet, II, 599 et suiv.; Bertauld, *Quest. prat.*, II, n° 236; Colmet de Santerre, IV, 247 bis, VIII et XII; Troplong, IV, 2333 et 2334; Duranton, IX, 644 et suiv.; Nancy, 2 juillet 1875, D. 1878, 1, 462.

au même but, et doivent produire un résultat analogue...; attendu que l'article 1079 suffirait au besoin pour lever tous les doutes; qu'en effet, en réunissant les deux actions dans une disposition unique, sans faire aucune distinction quant à l'exercice de chacune d'elles, il les place sur la même ligne et les soumet virtuellement aux mêmes règles et aux mêmes conditions..... »

Le législateur a entendu annuler le partage tout entier dans notre hypothèse. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à ce sujet. L'article 156 du projet présenté par Bigot-Préameneu portait que « le partage sera nul si les pères et mères ou autres ascendants ont fait à titre de préciput une disposition soit entre-vifs, soit testamentaire au profit d'un ou de plusieurs de leurs enfants ou descendants. » Cette disposition fut trouvée trop rigoureuse, car on ne voulait pas priver le père de famille du droit de faire en même temps le partage de ses biens et une libéralité préciputaire à l'un de ses enfants. On n'en changea pas la sanction, mais on en limita l'application au cas où l'enfant qui aurait reçu par préciput la quotité disponible serait encore avantagé dans le partage. Mais alors on devra décider, déclara le conseiller d'État Berlier, que ce partage « pourrait être rescindé pour la plus petite lésion ⁽¹⁾. » Sur ces observations, l'article 156 du projet fut accepté sauf rédaction. Refondu avec l'article 157 il reparut ensuite sous la forme de notre article 1079. N'étaient-ils pas assez explicites Bigot-Préameneu et le tribun Jaubert, lorsque le premier disait au Corps législatif dans son Exposé des motifs : « Mais si l'un des enfants est lésé

(1) Locré, t. XI, p. 266.

de plus du quart, ou s'il résultait du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des enfants aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet, *l'opération pourra être attaquée* par les autres intéressés, » et que le second déclarait au Tribunal dans sa communication officielle que « la loi présume toujours bien du jugement du père de famille; néanmoins, si une erreur était échappée à l'ascendant, ou si une injustice lui avait été arrachée, *le partage pourrait être attaqué pour cause de lésion?* » C'est donc bien évidemment la nullité du partage tout entier que le législateur a voulu édicter.

La logique, d'ailleurs, et les principes l'exigent, car c'est le partage qui lèse l'enfant et non la libéralité de l'ascendant. La réduction ne peut atteindre qu'un acte à titre gratuit et le partage ne saurait être considéré comme tel. C'est un acte dont les diverses combinaisons forment un tout indivisible, qu'on ne saurait valider ou annuler en partie. Si l'on attaque le partage, ce ne peut être que par une action en nullité.

La jurisprudence cependant et une assez bonne partie de la doctrine penchent pour l'action en réduction ⁽¹⁾. La nature d'une action, disent-elles, dépend du but auquel elle tend. Or, l'action donnée par l'article 1079 a pour but de protéger la réserve; et c'est justement la mission de l'action en réduction. La réunion des deux actions dans un même article ne prouve rien. Le mot

(1) Réquier, n^{os} 208 et suiv.; Labbé, *J. du Palais*, 1863, p. 934 et suiv.; Aubry et Rau, § 734; Lyon-Caen, *Th.*, p. 284 et 285; Laurent, XV, p. 180; Cass., 13 juillet 1869, D. 1871, 1, 171; Cass., 17 août 1863, D. 64, 1, 30; Cass., 30 juin 1852, Sir., 52, 1, 735; Cass., 6 juin 1834, Sir., 33, 1, 58; Cass., 16 avril 1873, Sir., 73, 1, 317.

attaquer n'est pas synonyme du mot *rescinder*. Il peut s'appliquer à toute espèce d'action. Décider le contraire serait enlever au père de famille, qui a donné hors part à l'un de ses enfants sa quotité disponible, la possibilité de faire sûrement ensuite le partage de ses biens puisqu'il est bien difficile de faire un partage sans y laisser glisser quelque inégalité. Telle n'a pu être l'intention du législateur qui a déclaré, au contraire, qu'il ne voulait pas enlever à l'ascendant qui donnait sa quotité disponible à l'un de ses enfants le droit de répartir entre eux le reste de son patrimoine. A l'objection que le partage n'est pas un acte à titre gratuit, mais qu'il forme un tout indivisible, qui ne peut être réduit comme une libéralité par conséquent, on répond qu'il y a ici une présomption légale que le partage contient une libéralité déguisée, et que c'est cette libéralité qu'on attaque. Pourquoi, en effet, la réduction qui s'applique à la libéralité déguisée en général ne s'appliquerait-elle pas à celle qui se dissimule sous l'apparence d'un lotissement? A quoi bon, d'ailleurs, anéantir le partage tout entier quand une simple rectification suffirait pour atteindre le but qu'on se propose. Ce serait évidemment contraire à l'intérêt public et à celui des copartagés eux-mêmes.

Nous ne contestons pas que l'action en réduction serait amplement suffisante et même plus avantageuse en pratique. La donner pourrait être une excellente décision en législation; mais nous ne pouvons qu'interpréter la loi, dont l'esprit nous paraît en opposition formelle avec cette solution.

Des dissentiments ont surgi entre les partisans de la doctrine que nous combattons et qui, nous l'avons déjà

signalé, est celle de la Cour suprême. Ils reconnaissent bien, en général, que cette action en réduction est spéciale aux partages d'ascendants. De nature complexe, disent-ils, elle tient un peu de l'action en rescision et beaucoup de l'action en réduction ordinaire. « Elle tient de l'action en réduction, dit M. Réquier, puisqu'elle a pour but de réprimer l'infraction à la loi qui fixe la quotité disponible en retranchant de l'attribution faite au précipitaire tout ce qui dépasse cette quotité. Mais elle tient aussi de l'action en rescision parce qu'elle se fonde sur le préjudice que l'inégalité du partage a fait éprouver aux réservataires, et qu'elle a pour objet d'obtenir la réparation de ce préjudice, en faisant attribuer à ceux qui l'ont souffert la portion retranchée du lot de l'enfant avantagé (1). » Elle diffère donc de l'action en réduction ordinaire en ce qu'elle est dirigée seulement contre l'enfant copartagé avantagé tout à la fois par une disposition précipitaire et par le partage lui-même, et en ce que la portion retranchée est attribuée à l'enfant lésé au lieu de rentrer dans la masse partageable de la succession.

Mais ses partisans sont loin d'être d'accord dans les conséquences à tirer de cette dualité de principe dans la nature de l'action en réduction de l'article 1079. Ils sont bien tous d'avis que l'action ne sera dirigée que contre l'enfant avantagé et qu'elle n'aboutira qu'à un complément de sa part et non à la rescision du partage. Mais tandis que les uns refusent à l'enfant avantagé le droit d'arrêter le cours de l'action au moyen de l'offre d'une indemnité pécuniaire, en disant que la réserve

(1) Réquier, n° 211; Aubry et Rau, § 734.

doit toujours être complétée en corps héréditaires ⁽¹⁾, les autres le lui permettent au contraire ⁽²⁾ et appliquent ici encore l'article 891. Et la plupart décident avec la jurisprudence que cette action ne prescrit pas le laps de dix ans lorsque le partage a eu lieu entre-vifs, conformément à l'article 1304 ⁽³⁾, tandis que les principes de l'action en réduction ordinaire lui assureraient toujours une durée de trente ans (art. 920) ⁽⁴⁾.

86. — A quelle époque doit-on estimer les biens pour savoir s'il y a atteinte à la réserve, s'il y a lieu d'invoquer la seconde action de l'article 1079? L'article 922 recevra ici son application. On estimera les biens compris dans la donation-partage d'après leur état actuel au moment de la donation et leur valeur au décès de l'ascendant. Cela ne peut d'abord faire aucun doute pour ceux qui n'y voient qu'une action en réduction ⁽⁵⁾. Et bien que

(1) Aubry et Rau, § 734, texte et note 48; Lyon-Caen, *Th.*, p. 288; Cass., 17 août 1863, D. 64, 1, 29; Cass., 16 avril 1873, D. 73, 1, 290.

(2) Réquier, nos 217 et 218; Laurent, XV, p. 199.

(3) Cass., 1^{er} mai 1861, D. 1861, 1, 323; Réquier, n° 239; Aubry et Rau, § 734, note 53.

(4) Lyon-Caen, p. 288; Laurent, XV, p. 189; Montpellier, 23 décembre 1846, Sir., 47, 2, 174.

(5) Bordeaux, 8 mai 1878, D. 79, 1, 183; Cass., 26 décembre 1876, D. 77, 1, 171; Cass., 15 mai 1876, D. 76, 1, 322. Il n'y aura donc selon la jurisprudence jamais lieu qu'à un seul et même calcul pour apprécier la lésion dans la première ou dans la seconde hypothèse de l'article 1079, puisque nous avons vu qu'elle n'estimait jamais les biens qu'au moment du décès de l'ascendant pour savoir s'il y avait lésion de plus du quart. mais en tenant compte cependant de leur état au moment de la donation, en un mot qu'elle appliquait les règles de l'article 922.

nous la regardions comme une action en rescision, nous donnerons cependant aussi la même solution; car il ne s'agit plus ici de savoir si l'ascendant a violé oui ou non dans son partage les règles de l'égalité, comme dans l'article 1079, 1^o, auquel cas il suffit et il est nécessaire de savoir quelle valeur avaient les biens au moment du partage; mais il s'agit uniquement de rechercher si l'ascendant a entamé par un avantage indirect la réserve de l'un de ses enfants; et la réserve ne peut être déterminée que sur la valeur qu'aurait eue la succession tout entière à la mort de l'ascendant si celui-ci n'en avait fait sortir aucun bien par des dispositions à titre gratuit. On doit donc pour la calculer supposer que tous les biens dont il a disposé à ce titre ne sont pas sortis de son patrimoine et les estimer d'après la valeur qu'ils auraient eue au moment de sa mort. Il y aura donc deux calculs différents selon qu'on voudra rechercher s'il y a eu lésion de plus du quart ou bien une simple atteinte à la réserve dans l'hypothèse de l'article 1079, puisque nous avons admis que l'existence conditionnelle du partage pendant la vie de l'ascendant exigeait qu'on estimât la valeur des biens au moment même de la donation pour déterminer la lésion de plus du quart. Les tribunaux seront, dans certains cas, obligés d'ordonner une double estimation. Il arrive souvent, en effet, que le demandeur en rescision pour cause de lésion de plus du quart forme en même temps une demande subsidiaire fondée sur le deuxième alinéa de l'article 1079. Cette diversité d'estimations doit nécessairement être admise par les auteurs qui voient dans la donation-partage un partage actuel et définitif. Du reste cette manière de procéder n'a rien d'insolite.

« Il en est de même, dit M. Réquier ⁽¹⁾, pour les meubles qui ont été donnés en avancement d'hoirie. S'agit-il de régler le rapport de ces meubles à la succession? On les estime suivant leur valeur au jour de la donation (art. 868). S'agit-il de calculer la quotité disponible? On estime les mêmes meubles suivant leur valeur au temps du décès du donateur (art. 922). Cette double évaluation se justifie dans ce cas, comme dans le cas précédent, par la diversité des objets en vue desquels l'opération est ordonnée. »

S'il s'agissait de l'estimation de biens compris dans un partage testamentaire ou dans un legs précipitaire il est bien évident qu'elle aurait lieu d'après l'état et la valeur des biens au moment du décès de l'ascendant.

§ 4.

L'inobservation des articles 826 et 832 entraîne-t-elle la nullité du partage d'ascendant?

87. — « Chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et des immeubles de la succession.... » porte l'article 826; et l'article 832 dit : « Dans la formation et la composition des lots, on doit éviter autant que possible de morceler les héritages et de diviser les exploitations; et il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur. »

Ces articles sont-ils applicables au partage d'ascendant?

Nous savons qu'il y a deux sortes de partage : le partage

(1) Réquier, n° 226; Larombière, *Des obligations*, IV, art. 1304, nos 41 et 42; Agen, 12 décembre 1866, D. 67, 2, 17.

amiable et le partage judiciaire. Le second est soumis à certaines règles spéciales, parmi lesquelles se trouvent celles des articles 826 et 832, dont le but est d'y faire observer la plus stricte égalité, non-seulement en valeur mais aussi en nature. Le premier, au contraire, « peut être fait dans la forme et par tel acte que les parties intéressées jugent convenables » (art. 819).

Auquel des deux assimiler le partage d'ascendant? Là est toute la question, question grave et intéressante, non-seulement à cause des divergences qu'elle soulève dans la doctrine, mais aussi et surtout au point de vue des conséquences pratiques qui doivent découler de sa solution.

Trois opinions se sont formées sur cette matière.

A. L'ascendant a toute latitude pour la composition des lots. La loi s'en est rapportée à sa tendre sollicitude. On comprend très-bien les dispositions des articles 826 et 832 pour les partages judiciaires où les lots sont tirés au sort. Il doit donc entrer dans chacun d'eux une égale quantité de biens de chaque espèce : c'est le seul moyen de rendre les chances égales pour tous. Mais ici, au contraire, l'ascendant connaît les goûts et les aptitudes de ses descendants. Il donnera plus de capitaux à celui qui est commerçant, financier, plus d'immeubles à l'agriculteur.

Les travaux préparatoires sont concluants sur ce point. « C'est ainsi, disait M. Bigot-Préameneu, *qu'il peut éviter des démembrements*, conserver à l'un de ses enfants *l'habitation qui pourra servir d'asile commun*, réparer les inégalités naturelles ou accidentelles; en un mot, c'est dans le partage qu'il pourra le mieux combiner et en même temps *réaliser la répartition la plus équitable et la plus propre à rendre heureux chacun de ses enfants.* »

Et le tribun Jaubert ne prévoyait que deux cas où le partage pourrait être attaqué : « ou, disait-il, le père n'a fait qu'un partage, ou il a fait une disposition par préciput : dans le premier cas, l'acte ne pourra être attaqué que pour cause de lésion de plus du quart; dans le deuxième, il pourra l'être toutes les fois que le père aura été au delà de son droit de disposer. » Donc dans la pensée de M. Jaubert, le partage d'ascendant ne saurait être critiqué pour aucune autre cause; il n'est donc pas soumis aux règles ordinaires du partage judiciaire. Le partage d'ascendant serait-il sans cela « *l'un des actes les plus importants de la puissance paternelle?* » (Bigot-Préameneu.) Serait-il vrai alors que la loi a voulu « *laisser à la prévoyance et à la sagesse éclairée des pères de famille la distribution économique de leurs biens, selon la position de chacun de leurs enfants?* » (Maleville.)

On dit que les articles 1075 et suivants doivent être complétés par les articles du Code civil relatifs au partage; nous ne le nions pas; mais pourquoi rechercher les articles spéciaux au partage judiciaire quand l'un des buts principaux du partage d'ascendant est d'en éviter les inconvénients?

Que l'égalité en nature ait été exigée dans nos anciennes coutumes où régnait l'adage *mobilium vilis possessio*, cela se comprend très-bien. Mais aujourd'hui les biens meubles et les biens immeubles ne marchent-ils pas de pair? N'arrive-t-il même pas souvent que les premiers soient préférés à cause de leur mobilité même (1)?

(1) Réquier, nos 144 et suiv. et n° 5; Barafort, p. 9 à 44; Zachariæ, § 731, texte et notes 1 à 3; Laurent, XV, p. 71; Demangeat, *Revue pratique du droit français*, 1868, t. XXV, p. 302.

Devant ces raisons juridiques et sociales nous n'hésitons pas à adopter ce premier système.

B. La question doit se trancher par une distinction, dit le second. L'ascendant n'est pas tenu de respecter l'égalité en nature dans le partage entre-vifs. Mais il doit l'observer dans le partage testamentaire ⁽¹⁾.

L'égalité en nature dans les différents lots est *de la nature même* du partage. Si la loi n'en a pas fait une qualité essentielle, si elle ne l'exige pas dans le partage amiable, c'est que là les parties, présentes et capables, ont pu valablement y déroger. C'est la même situation en cas de partage entre-vifs. Qu'on n'objecte pas que l'acceptation a pu avoir lieu sous l'influence de la crainte de déplaire à l'ascendant et de le pousser à disposer de sa quotité disponible au préjudice des enfants qui ne se soumettraient pas à ses dispositions; car la crainte révérentielle n'est jamais prise en considération par le législateur (art. 1114). Qu'on ne dise pas non plus que cette renonciation à exiger l'égalité en nature est nulle comme constituant une convention sur succession future (art. 1130); car c'est la loi elle-même qui autorise les enfants à accepter le partage, et l'acceptation du partage emporte nécessairement celle des différentes combinaisons qui le constituent. Puisque la convention des parties est admise ici; elle fera comme partout ailleurs la loi des parties.

Dans le partage testamentaire, au contraire, l'ascendant devra respecter l'égalité en nature. Si l'article 1075 ne renvoie pas aux articles 826 et 832, si les articles 1078 et 1079 sont muets sur cette cause de nullité, il n'en

(1) Genty, p. 147; Colmet de Sant., IV, 243 *bis*, XVII; Bonnet, I, 283 et suiv.; Lyon-Caen, *Th.*, p. 203; Duranton, t. IX, n° 658.

faut pas tirer un argument *à contrario* : cet argument est souvent dangereux. Le partage d'ascendant laisse à chaque enfant sa qualité d'héritier, et, par suite, les droits qui en résultent, notamment le droit à l'égalité en nature. Les descendants seuls peuvent voir s'ils n'ont pas intérêt à se départir des droits que la loi leur a donnés : l'ascendant ne saurait avoir ce pouvoir. Où a-t-on vu que l'ascendant avait un pouvoir plus grand que le magistrat ? Ne voit-on pas, au contraire, que les articles 1078 et 1079-1° exigent les mêmes conditions de validité que le partage judiciaire, et que même l'article 1079-2° édicte en plus une restriction spéciale pour celui-là ?

C. Les articles 826 et 832 du Code civil s'appliquent à tout partage d'ascendant, aussi bien au partage entre-vifs qu'au partage testamentaire, prétend le troisième système (1).

« Les dispositions des articles 826 et 832, fondées sur le principe de l'égalité, disent MM. Aubry et Rau (2), tiennent à l'essence même des partages et s'appliquent, par conséquent, à ceux dont s'occupent les articles 1073 et suivants. Bien que l'ascendant, qui veut faire, entre ses descendants, le partage de ses biens, réunisse dans sa main tous les pouvoirs nécessaires pour y procéder, il ne peut cependant dans l'exercice de cette faculté se placer au-dessus des règles établies par les articles 826 et 832,

(1) Demol., n° 199 ; Aubry et Rau, § 732 ; Bertauld, II, n° 220 et suiv. ; Troplong, IV, n° 2204 ; Cass., 24 décembre 1873, D. 74, 1, 432 ; 23 mars 1869, D. 69, 1, 333 ; 24 juin 1868, D. 68, 1, 289 ; 7 janvier 1863, D. 63, 1, 226 ; 18 août 1859, D. 59, 1, 410 ; 9 juin 1857, D. 57, 1, 294 ; 11 août 1856, D. 57, 1, 21 ; 19 décembre 1855, D. 56, 1, 20 ; 28 février 1855, D. 55, 1, 81 ; 18 décembre 1848, D. 49, 1, 17 ; 11 mai 1847, D. 49, 1, 17 ; Grenoble, 10 mai 1873, D. 74, 2, 366.

(2) Aubry et Rau, § 732, note 1.

règles à l'observation desquelles il se trouve virtuellement soumis, par cela même qu'il n'en a pas été dispensé. » C'est aussi ce qu'affirme expressément la Cour de cassation : l'égalité en nature, dit-elle, est de l'essence même des partages ordinaires, et les partages d'ascendants étant soumis à toutes les règles essentielles des partages ordinaires, doivent nécessairement s'y conformer (Req., 11 août 1856 et 18 août 1859).

Il y a là une erreur évidemment. Cela seul, en effet, est de l'essence d'un contrat, qui ne peut être modifié sans que le contrat soit par là-même anéanti, ou tout au moins transformé. Or, on peut très-bien convenir dans un partage amiable que l'égalité en nature ne sera pas respectée, sans que pour cela il cesse d'être un partage. On peut donc dire que l'égalité en nature est de la nature même du partage; mais il est faux de dire qu'elle est de son essence.

M. Demolombe, pour défendre son opinion dans l'hypothèse du partage entre-vifs, prétend que dans ce cas l'acceptation des descendants les a bien liés en tant que donataires, vis-à-vis de l'ascendant, pour tout ce qui est des charges ou conditions qu'il leur aurait imposées, mais qu'elle n'a pu les lier en tant que copartagés, en tant que cohéritiers, car ils n'auront cette qualité qu'à son décès. Leur consentement n'a pas porté sur des droits que la mort seule de l'ascendant peut faire naître. Cet argument ne peut avoir de valeur que dans l'opinion de ceux qui ne voient dans la donation-partage qu'un partage purement éventuel. Et encore nous avons vu que M. Demolombe n'était pas toujours resté fidèle à son principe, puisqu'il accordait l'action en garantie du vivant même de l'ascendant.

La jurisprudence, dont nous avons cité en note un longue série d'arrêts, est à peu près constante à appliquer les articles 826 et 832 à la donation-partage et au partage testamentaire.

Mais elle applique l'article 832 dans toutes ses dispositions. C'est-à-dire que s'il n'était pas possible de faire entrer dans chaque lot la même quantité de meubles et d'immeubles, si le partage en nature des objets formant la masse du partage présentait de trop grands inconvénients, si les immeubles n'étaient pas commodément partageables, l'ascendant pourrait composer les lots d'objets de nature différente, placer dans les uns davantage d'immeubles ou même seulement que des immeubles et dans les autres une plus grande quantité de meubles ou même rien que des meubles. Et s'il était impossible de composer des lots égaux avec les biens de son patrimoine, meubles ou immeubles, l'ascendant serait autorisé à compenser l'inégalité en nature des différents lots par un retour, soit en rente, soit en argent (art. 833). L'article 833 n'ébranle en rien le principe de l'article 832 : il ne dispense pas de respecter l'égalité en nature dans la composition des lots, en permettant de ne donner à l'un des copartagés qu'une soulte en argent; il vise seulement l'hypothèse si fréquente où les biens placés dans chaque lot n'ont pas absolument la même consistance, la même valeur : alors pour rétablir complètement l'égalité, celui qui a le lot le plus fort doit payer un retour à celui qui a le plus faible. En un mot, il permet de compenser par des soultes les différences légères et presque toujours inévitables qui peuvent se rencontrer dans la valeur des différents lots.

Mais si la jurisprudence admet sans difficulté l'appli-

cation des articles 826, 832 et 833, qui supposent, en fait, que les biens sont partageables dans une certaine mesure au moins et qu'il est possible de les répartir à peu près également dans chacun des lots, elle repousse au contraire la disposition de l'article 827. Cet article vise le cas où les immeubles ne peuvent pas être partagés commodément et sans perte, et il décide qu'il doit alors être procédé à leur vente par licitation devant le tribunal. La Cour suprême exempte de cette formalité l'ascendant, parce que, dit-elle, en lui accordant le droit de faire par lui-même le partage de ses biens entre ses descendants, la loi lui a, par cela même, implicitement conféré tous les pouvoirs nécessaires pour l'opérer, et notamment celui d'y procéder par une voie analogue à celle de la licitation, lorsque les objets à partager ne sont pas commodément partageables. Elle doit donc permettre à l'ascendant de mettre le bien impartageable dans le lot d'un de ses enfants et de lotir les autres au moyen de retours en argent ⁽¹⁾. Cependant certains jurisconsultes, qui exigent aussi le respect de l'égalité en nature, dans le partage testamentaire au moins, ne croient pas pouvoir autoriser l'ascendant à attribuer l'immeuble impartageable à un seul de ses descendants, d'autant plus que ce descendant se trouverait ainsi acheteur malgré lui et serait obligé de payer de ses propres deniers une soulte qui dépasserait souvent ses ressources pécuniaires et pourrait le mettre dans la gêne et l'embarras ⁽²⁾. La solution de ces auteurs nous semble d'ailleurs assez lo-

(1) Cass., 24 décembre 1873, Sir., 74, 1, 487; Cass., 8 avril 1873, Sir., 73, 1, 316; Cass., 7 août 1860, Sir., 60, 1, 977; Aubry et Rau, § 732; Demol., n° 204.

(2) Genty, p. 146; Colmet de Sant., t. IV, n° 213 *bis*, XIX.

gique, car les articles 826, 827, 832 et 833 forment un ensemble complet; du moment qu'on en applique trois au partage d'ascendant, il est bien difficile de rejeter le quatrième.

La jurisprudence est, en général, assez facile pour déclarer que les biens de l'ascendant sont impartageables et pour lui laisser, par conséquent, une assez grande latitude dans la composition de ses lots. Cette appréciation est entièrement laissée à l'arbitrage du juge de fait : sa décision, ne pouvant porter aucune atteinte au texte de la loi, échappe à la censure de la Cour de cassation. Ainsi, on a vu le juge décider que le bien était impartageable lorsque seulement des questions de convenances personnelles ou d'agrément militaient en faveur du maintien de l'immeuble dans son entier (1). Mais s'il déclare que l'égalité en nature a été violée, il doit prononcer la nullité du partage; il ne lui est pas permis d'allouer au plaignant une indemnité représentative du dommage qu'il aurait subi (2). Cette même offre de la part du défendeur ne saurait non plus empêcher la nullité d'être prononcée, car il ne s'agit pas ici d'une lésion en valeur, pouvant par conséquent être réparée pécuniairement, mais d'une lésion en nature. L'article 891 est donc ici complètement inapplicable (3). Le demandeur en nullité n'est pas tenu de justifier d'une lésion, et, même, bien qu'en dé-

(1) Grenoble, 27 nov. 1851, D. 54, 2, 176; Lyon, 23 mars 1877, D. 78, 2, 33; Bourges, 18 mai 1874, D. 75, 1, 278.

(2) Aubry et Rau, § 732, note 4; *Contra* cependant, Cass., 12 août 1840, Sir., 40, 1, 678.

(3) Cass., 25 févr. 1856, Sir., 56, 1, 305; Cass., 10 nov. 1847, D. 48, 1, 195; Demol., n° 206; Aubry et Rau, § 732; Genty, p. 325 et 326.

finitive l'action en nullité repose sur une présomption légale de lésion, elle n'en devrait pas moins être accueillie, lors même que le défendeur offrirait de prouver que le demandeur en fait n'a éprouvé aucun préjudice (1).

Le refus de la jurisprudence d'appliquer l'article 827 et les atténuations qu'elle apporte ainsi à l'esprit des articles qui réglementent, selon elle, la composition des lots dans le partage d'ascendant, sont une preuve évidente qu'elle a reconnu les inconvénients nombreux de sa doctrine et qu'elle cherche à les atténuer le plus possible dans la pratique.

Si l'ascendant s'était simplement contenté de faire par donation l'abandon de ses biens à ses enfants, majeurs et capables, sans en opérer la distribution, le partage que ceux-ci en feraient ensuite, selon leurs goûts et leurs convenances, n'étant qu'un simple partage amiable ordinaire, ne serait plus susceptible d'être rescindé pour inobservation des articles 826 et 832. Ce procédé aurait donc, en plus de l'avantage de mettre personnellement l'ascendant à l'abri de toute récrimination de la part des descendants, celui de prévenir les contestations fondées sur l'inégale répartition en nature de ses biens (2). Il faudrait toutefois que ce mode de procéder fût sincère; il ne suffirait pas que les enfants eussent eu l'air d'opérer eux-mêmes le partage des biens abandonnés, si en réalité ce partage, accompli immédiatement après la donation, sous les yeux et avec le concours de l'ascendant, avait été fait sous son inspiration et d'après sa volonté (3).

(1) Cass., 25 mars 1861, Sir., 61, 1, 673.

(2) Genty, p. 150; Demol., n° 202.

(3) Agen, 17 nov. 1856, Sir., 56, 2, 662; Cass., 4 janv. 1849, Sir., 49, 1, 487.

Rien n'empêche en tous cas l'ascendant qui désire assurer le maintien de son partage sans se plier aux exigences des articles 826 et 832, d'enlever, par une clause pénale, sa part dans la quotité disponible à celui qui réclamerait contre sa répartition (1). Nous l'avons déjà indiqué plus haut quand nous avons parlé de la clause pénale dans le chapitre ayant trait aux modalités qui peuvent affecter le partage d'ascendant.

C'est le meilleur moyen, croyons-nous, de parer aux inconvénients pratiques résultant de l'application au partage d'ascendant des règles faites pour le partage judiciaire. Un changement de jurisprudence serait grandement à désirer. Faut-il l'espérer? Nous ne le pensons pas. Si le remède était dans une interprétation législative, elle serait reçue avec faveur, même et peut-être surtout par les jurisconsultes qui se croient forcés de donner la solution de la Cour suprême. C'est ainsi que M. Lyon-Caen, qui se trouve être de ceux-ci, s'écrit : « La faute en est au législateur qui, par un respect peut-être exagéré pour le principe d'égalité entre les descendants, n'a pas jugé convenable de déroger en notre matière à la nécessité de la mise dans chaque lot d'une même quantité de biens de même nature (2). »

(1) Aubry et Rau, § 732 et § 692, notes 31 et 32.

(2) Lyon-Caen, *Th.*, p. 207.

SECTION II.

Ouverture, durée, prescription des actions en nullité ou en rescision du partage d'ascendant.

SOMMAIRE.

- 88. — A quelle époque s'ouvrent les actions en nullité du partage d'ascendant?
- 89. — A quelle époque quand c'est un partage conjonctif?
- 90. — Point de départ de la prescription des actions contre le partage.
- 91. — Son point de départ en cas de partage conjonctif.
- 92. — A partir de quel moment la ratification du partage est-elle possible?
- 93. — Le défendeur peut-il arrêter toutes les actions en rescision du partage au moyen de l'offre d'un supplément (art. 891)?
- 94. — Règles de procédure spéciales au partage d'ascendant.

88. — La détermination de la date de l'ouverture de l'action en nullité ne peut offrir aucune difficulté quand il s'agit d'un partage testamentaire. Le testament-partage ne produisant aucun effet du vivant de l'ascendant, il est bien évident que les actions en nullité, tant contre le testament que contre le partage, ne peuvent prendre naissance qu'après sa mort.

En cas de partage entre-vifs, au contraire, il y a lieu de distinguer. Les actions en nullité de l'acte en tant que donation s'ouvrent dès le moment de la confection de la donation et de l'existence du vice qui l'atteint. C'est un point, au contraire, assez délicat, que de savoir à quelle époque peuvent s'exercer les actions en nullité ou

en rescision dirigées contre l'acte en tant que partage; si elles peuvent l'être du vivant même de l'ascendant, ou si elles ne prennent naissance qu'après sa mort.

Il n'y a toutefois pas de difficulté pour l'action en nullité pour omission d'enfant. L'article 1078 est assez explicite. L'enfant omis ne peut se plaindre qu'au décès de l'ascendant. Ce n'est qu'à ce moment, en effet, qu'on peut savoir s'il y a eu omission d'un ayant-droit. Qu'arriverait-il donc si, après avoir partagé tous ses biens, en ne se réservant qu'une faible rente viagère, l'ascendant venait à avoir un nouvel enfant, ou plusieurs, si l'on veut? Un seul moyen lui resterait pour subvenir à l'entretien et à l'éducation de ces nouveaux-venus; ce serait de réclamer aux autres enfants une pension alimentaire fondée sur l'existence de nouvelles charges qui lui seraient imposées (art. 203).

Mais l'accord est loin d'être fait sur le point de départ des autres actions en nullité ou en rescision dirigées contre le partage entre-vifs de l'ascendant. A quel moment pourra-t-on intenter l'action en rescision pour lésion de plus du quart, à quel moment la seconde action de l'article 1079? La solution dépend de la théorie qu'on a admise sur la nature de la donation-partage.

La deuxième action de l'article 1079 est celle qui donne lieu à le moins de controverses. Presque tout le monde s'entend pour la refuser pendant la vie de l'ascendant, qu'on y voie une action en rescision ou une action en réduction, car il s'agit en définitive, ici, de réparer une atteinte à la réserve qui ne peut être calculée, ne peut être connue, qu'au moment de l'ouverture de la succession. L'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation, toutefois, qui voyait dans la donation-partage un partage

de présuccession, accordait nécessairement toute suite à l'exercice de cette action ⁽¹⁾. Nous avons vu qu'elle n'était plus soutenue aujourd'hui que par M. Laurent.

La lutte est plus vive pour l'action en rescision pour lésion de plus du quart. Elle peut être intentée du jour même de la donation, non-seulement dans la théorie qui considère la donation-partage comme un partage de présuccession, mais aussi dans celle qui la regarde comme un partage immédiat de choses communes ⁽²⁾. C'est, du moins, la conséquence logique du principe sur lequel elle repose. Ses partisans, toutefois, ne sont pas unanimes à l'accepter.

La jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis trente-cinq ans ne fait naître l'action en rescision pour lésion qu'au décès de l'ascendant. C'est la conséquence de la nouvelle doctrine de la Cour suprême qui ne voit dans la donation-partage durant la vie de l'ascendant qu'une simple libéralité ⁽³⁾. Que les auteurs qui adoptent cette théorie donnent aussi cette solution, rien de plus juste ⁽⁴⁾. Mais que la majeure partie de ceux qui envisagent le partage entre-vifs comme un partage actuel, auquel ils font, il est vrai, produire les conséquences les plus diverses, repoussent jusqu'à la même époque l'exercice de l'action en rescision, nous avouons

(1) Req. rej., 4 février 1845, Sir., 45, 1, 305; Toullier, IV, p. 212; Larombière, *Des obligations*, IV, art. 1304, n° 41.

(2) Colmet de Sant., IV, 247 bis, XII; Labbé, *Journal du Palais*, 1863, p. 934-937; Duranton, IX, 647.

(3) Montpellier, 10 janv. 1878, D. 80, 2, 35; Poitiers, 4 fév. 1878, D. 78, 2, 67; Cass., 6 fév. 1860, Sir., 60, 1, 428; Cass., 30 juin 1847, Sir., 47, 1, 481.

(4) Demol., n° 220; Genty, p. 258; Lyon-Caen, *Th.*, p. 265 et s.

que nous avons de la peine à le comprendre ⁽¹⁾. Pour essayer d'éviter le reproche de contradiction qui l'attend, l'un d'eux, M. Réquier, dit bien que l'action en rescision a pris naissance dès l'instant même de la donation, mais que l'exercice en est suspendu jusqu'à la mort du donateur. Cette explication est par trop subtile.

Cette solution est aussi la nôtre. Nous avons, en effet, admis que le partage entre-vifs était durant la vie de l'ascendant un partage conditionnel, subordonné à l'arrivée des enfants donataires à la succession de leur auteur. Nous sommes donc logiquement amené à refuser l'action en rescision *pendente conditione*, puisque l'article 1180 ne permet d'exercer, en attendant la réalisation de la condition, que de simples mesures conservatoires. Comment concevoir, du reste, qu'on attaque comme partage un acte qui, en définitive, ne l'aura peut-être jamais été?

Voilà la solution que commande notre principe. Nous pouvons maintenant ajouter à son appui d'autres arguments que nous trouvons invoqués soit par la Cour suprême, soit par les jurisconsultes partisans de cette décision.

L'article qui traite de l'action en rescision pour lésion fait suite et se lie intimement à l'article 1078 qui prononce la nullité du partage pour cause d'omission d'enfant *à l'époque du décès* de l'ascendant. Ces mots dominent aussi l'article suivant et doivent y être sous-entendus ⁽²⁾.

Serait-il logique, d'ailleurs, que l'enfant lésé pût se plaindre dès l'instant même de la donation, lorsque l'enfant

(1) Bonnet, II, 627 et s.; Aubry et Rau, § 734 et note 19; Réquier, n^{os} 231 et s.; Bertauld, *Quest. prat.*, II, n^{os} 110 et 111.

(2) Demol., n^o 220; Réquier, n^o 235.

omis qui, certes, est plus mal traité encore, ne peut rien réclamer tant qu'existe l'ascendant (1)?

Et enfin ne peut-on pas ajouter une dernière considération morale? N'est-il pas permis, n'est-il pas raisonnable de dire que « le respect et la reconnaissance dûs par les enfants au père de famille leur ôtent la faculté et leur interdisent le droit d'intenter, de son vivant, une action en justice contre un acte émané de sa volonté, et par lequel il s'est, sans aucune contrainte, dépouillé de ses biens en sa faveur (2)? » Voilà un enfant lésé ainsi de plus du quart et qui, cependant, par respect et par piété filiale ne veut pas assombrir les dernières années de son père en attaquant et anéantissant toutes ses dispositions. Si son père survit dix ans à sa donation, aura-t-il donc perdu son action par la prescription, et ne pourra-t-il donc plus obtenir justice?

L'action en rescision intentée du vivant même de l'ascendant ne saurait, d'ailleurs, être d'aucune utilité actuelle pour les descendants; car ou, ce que nous discuterons plus loin, l'acte n'étant pas indivisible et la donation pouvant survivre à l'anéantissement du partage, les descendants continueront à posséder en qualité de donataires tout ce qu'ils ont reçu, de sorte que celui qui aura obtenu la rescision du partage ne pourra exiger le rapport des biens donnés, ou, au contraire, l'anéantissement du partage entraînant celui de la donation, les biens retourneront à l'ascendant, au détriment de tous les enfants.

Nous avons repoussé l'application des articles 826 et

(1) Demol., n° 220; Aubry et Rau, § 734, note 19; Lyon-Caen, *Th.*, p. 267.

(2) Cass., 6 fév. 1860, D. 60, 1, 89; Troplong, n° 2331; Lyon-Caen, *Th.*, p. 267; Réquier, n° 235.

832 en matière de partage d'ascendant. Ceux qui l'admettent ne permettent d'attaquer le partage de ce chef qu'à l'époque du décès de l'ascendant (1).

Restent les actions en nullité que les enfants pourraient avoir à exercer contre le partage entre-vifs pour cause de dol ou de violence. Elles ne s'ouvriront aussi qu'à la mort du père de famille.

Cette solution est, en effet, commandée pour toutes les causes de nullité du partage. Puisque le principe sur lequel nous nous sommes fondé pour ajourner l'action en rescision est général, s'applique à tout acte ayant pour but l'exécution et à plus forte raison l'anéantissement du partage, nous pouvons dire avec M. Genty : « la solution est la même pour tous les cas où les descendants attaqueraient l'acte comme partage, pour le cas, par exemple, où il y aurait eu violence exercée contre un descendant, ou dol pratiqué envers lui pour le faire consentir au partage (2). »

89. — Il arrive très-fréquemment, avons-nous vu, que les biens paternels et les biens maternels se trouvent partagés dans le même acte, soit que le père et la mère aient réuni leurs biens dans une seule masse pour en opérer ensuite la distribution, soit que l'époux survivant ait opéré entre ses enfants un seul partage de ses biens propres et de ceux de l'époux prédécédé, confondus avec les siens, sans distinction d'origine. Le grand avantage

(1) Genty, p. 260 et suiv.; Aubry et Rau, § 732, texte et note 7; Cass., 14 avril 1832, Sir., 52, 1, 749.

(2) Genty, p. 267; Réquier, n° 251; Demol., n° 231; Cass., 27 novembre 1865, D. 66, 1, 216.

de ce partage, appelé conjonctif ou cumulatif, est d'éviter le morcellement.

A quelle époque l'enfant lésé dans un partage cumulatif peut-il en demander la rescision? Lui est-il permis d'agir immédiatement après le décès du prémourant des deux époux, ou doit-il, au contraire, forcément attendre le décès du survivant?

Il ne peut agir du vivant de celui-ci pour demander l'annulation du partage relativement aux biens distribués par le prédécédé (1). En demander l'annulation serait, en effet, demander la nullité du partage conjonctif tout entier, car les deux partages forment un tout indivisible. Et il lui est interdit d'attaquer le partage du survivant : ce qui forcément ajourne au moment de la mort de celui-ci toute action en nullité. Le descendant copartagé dans un partage conjonctif, d'ailleurs, ne pourrait se plaindre de lésion lors du décès du survivant des époux, que s'il avait reçu moins des trois quarts de sa part héréditaire dans la masse totale des deux successions (2). Ce n'est là qu'une application de cette doctrine générale : qu'il ne faut pas apprécier la lésion dans chacun des partages partiels, mais dans la somme de tous les partages partiels.

Nous n'avons pas admis la rescision du partage d'ascendant pour inégale répartition des meubles et des im-

(1) Demol., n° 227; Aubry et Rau, § 734; Bonnet, II, 666; Réquier, n° 240; Cass., 26 décembre 1876, D. 77, 1, 171; Cass., 15 mai 1876, D. 76, 1, 322; Cass., 27 juillet 1874, D. 75, 1, 267; Bordeaux, 28 avril 1875, D. 75, 2, 217; Toulouse, 26 juillet 1878, D. 79, 2, 177; Agen, 7 juin 1861, D. 61, 2, 116; — *Contrà*, Laurent, XV, p. 152; Agen, 17 novembre 1856 et 16 février 1857, D. 56, 2, 297 et 58, 2, 106; Cass., 18 août 1847, Sir., 48, 1, 230.

(2) Cass., 18 décembre 1854, Sir., 55, 1, 572.

meubles. Mais ceux qui l'admettent avec la jurisprudence doivent-ils appliquer à la lésion en nature la décision que nous venons de donner pour la lésion en valeur, et dire que les enfants qui se trouveront en définitive avoir reçu autant de meubles et d'immeubles les uns que les autres, n'auront pas le droit de se plaindre s'ils n'ont pas tous reçu une part égale en nature dans chacune des deux successions, considérées isolément et comme formant deux masses distinctes? Nous le croyons; décider le contraire, serait enlever au partage conjonctif un de ses plus grands avantages. M. Demolombe cependant est d'un avis opposé, car le partage cumulatif, dit-il, n'a pu enlever aux enfants le droit qui leur appartient, de réclamer, sur chacune des deux successions, l'application des règles qui gouvernent le partage : et si on fait exception pour le cas de lésion en valeur, c'est par application de l'article 891 qui permet d'éviter l'action en rescision au moyen d'un supplément; or cet article est inapplicable pour la lésion en nature (1).

Si les biens des deux ascendants ont été partagés dans le même acte, mais sans avoir été préalablement confondus, s'ils ont été désignés et estimés séparément, s'ils ont été répartis à peu près également dans les différents lots, s'ils ne forment pas en un mot un tout indivisible et que l'un des partages puisse très-bien disparaître sans que l'autre cesse pour cela de subsister, rien ne s'oppose à ce que les enfants attaquent la distribution des biens du prédécédé du vivant même de l'autre époux (2).

(1) Demol., n° 229.

(2) Cass., 16 janv. 1867, Sir., 67, 1, 177; Cass., 19 déc. 1859, Sir., 60, 1, 423.

C'est là une question de fait que les tribunaux devront résoudre suivant les circonstances et d'après les clauses du partage cumulatif.

90. — Nous venons de voir à quelle époque prenait naissance l'action en rescision du partage d'ascendant. Voyons maintenant quand elle sera prescrite.

L'omission d'un descendant rend le partage complètement nul, inexistant. On pourra donc toujours en réclamant un nouveau, demander de sortir de l'indivision. Seule, la prescription acquisitive de trente ans au profit des enfants compris dans la distribution de l'ascendant, en enlevant aux descendants omis leur qualité de copropriétaires, peut leur enlever leur action en partage. L'action en pétition d'hérédité ne peut durer moins de trente ans. Le partage étant inexistant, les enfants copartagés peuvent se prévaloir de sa nullité tout aussi bien que les omis eux-mêmes. Qu'arriverait-il donc si la prescription avait enlevé à ceux-ci le droit de demander un partage, alors qu'une cause de suspension l'aurait empêchée de courir à l'encontre de ceux-là ou de l'un deux ? Il ne pourrait plus être provoqué de nouveau partage, car l'enfant omis n'ayant plus aucun droit à la succession de l'ascendant, la nullité de son partage disparaît : *cessante causa, cessat effectus* ⁽¹⁾.

Pour la durée des actions qui prennent leur source dans l'article 1079, il faut distinguer entre le partage testamentaire et le partage entre-vifs.

Si le partage est testamentaire, la prescription est de trente ans. C'est la durée des actions ordinaires. Et on

(1) Genty, p. 329 ; Lyon-Caen, p. 273.

ne peut invoquer pour la diminuer l'article 1304 qui édicte une prescription de dix ans pour les actions résultant des conventions, des actes où les personnes intéressées ont été elles-mêmes parties. M. Genty cependant est d'un avis contraire. Il prétend que le partage d'ascendant, testamentaire ou non, étant un vrai partage de succession dans les rapports entre les descendants, tout doit se passer comme s'ils l'avaient fait eux-mêmes, et, par conséquent, qu'on doit appliquer aux actions en nullité la prescription décennale de l'article 1304 ⁽¹⁾. Nous voudrions pouvoir adopter cette prescription qui, abrégant de beaucoup le temps pendant lequel le partage d'ascendant peut être attaqué, rendrait un véritable service aux enfants eux-mêmes et à leurs ayants-cause; mais nous croyons, avec la jurisprudence et presque toute la doctrine, que ce serait aller contre les règles du droit commun (art. 2242) ⁽²⁾. Si le testament n'était découvert qu'à une époque postérieure au décès de l'ascendant, on devrait reporter le point de départ de la prescription à ce moment. Aucun texte, il est vrai, n'indique cette suspension de prescription ⁽³⁾. Mais la logique et l'équité l'exigent ⁽⁴⁾.

La donation-partage est à l'abri de l'action en rescision pour lésion de plus du quart dix ans après l'ouverture

(1) Genty, p. 329.

(2) Cass., 25 novembre 1857, D. 57, 1, 425; Cass., 22 janvier 1872, D. 72, 1, 324; Aubry et Rau, § 734, note 22; Demol., n° 216; Réquier, n° 229.

(3) Lyon-Caen, p. 276.

(4) Réquier, n° 228; Demol., n° 215; Duranton, IX, n° 646; Aubry et Rau, t. VI, avant-dernière édition, p. 237.

de la succession de l'ascendant (art. 1304) (1). Nous en dirons autant de l'action donnée pour atteinte à la réserve dans le cas de l'article 1079 *in fine*, puisque, à nos yeux, c'est aussi une action en rescision. La jurisprudence, qui n'y voit qu'une action en réduction, admet cependant la même prescription que nous, car, dit-elle, l'article 1304 comprend dans sa généralité les actions en rescision et en nullité auxquelles peuvent donner lieu les conventions, et, à cet égard, « il n'y a pas lieu de distinguer entre la rescision totale et la rescision partielle : il suffit que l'action soit formée par l'une des parties contractantes et qu'elle doive avoir pour résultat, si elle est accueillie, une atteinte à la convention, pour qu'elle tombe sous l'application de l'article 1304... (2). » MM. Aubry et Rau, qui admettent la même prescription dans leur dernière édition (ils faisaient durer l'action trente ans dans l'édition précédente), ne dissimulent pas leur embarras à justifier la décision de la Cour de cassation. La prescription décennale est assurément avantageuse et pratique; mais elle détourne de son véritable caractère l'action en réduction qui, étant une pétition d'hérédité, ne doit être soumise qu'à la prescription trentenaire (3). L'article 1304 est d'ailleurs assez explicite : il ne parle que des actions en nullité et en rescision.

(1) Ceux qui admettent que l'action en rescision pour lésion de plus du quart s'ouvre immédiatement après la donation doivent nécessairement faire courir la prescription de cette même époque. Laurent, XV, p. 148; Colmet de Sant., IV, 247 *bis*, 12 et suiv.; Larombière, *Des obligat.*, art. 1304, nos 41 et suiv.

(2) Cass., 1^{er} mai 1861, D. 61, 1, 323; Réquier, nos 237 et suiv.; Aubry et Rau, § 734, texte et note 8.

(3) Demol., n° 231 *bis*; Laurent, XV, p. 189.

L'action en nullité pour inégale répartition des biens en nature doit aussi, si on l'admet, se prescrire par dix ans à dater de la mort de l'ascendant dans l'hypothèse d'un partage entre-vifs, et par trente ans dans celle d'un partage testamentaire ⁽¹⁾.

Il faut donner la même solution pour toutes les actions en rescision du partage fondées sur un vice de droit commun, comme le dol ou la violence ⁽²⁾.

91. — Dans l'hypothèse d'un partage conjonctif la prescription ne commence à courir qu'après le décès du survivant des deux ascendants ⁽³⁾. Il ne s'agit évidemment ici que du cas où la distribution des deux patrimoines présente un caractère indivisible, et non de celui où il y a en réalité deux partages distincts et indépendants dans un même acte. Cela ne peut faire aucun doute pour les actions des articles 1078 et 1079 et pour celles qui sont fondées sur un vice de droit commun. Mais faut-il donner la même solution, placer encore le point de départ de la prescription au décès de l'époux survivant, lorsque la demande en nullité formée par les enfants de la femme prédécédée est fondée sur l'inaliénabilité des biens dotaux compris dans le partage cumulatif? La Cour suprême a décidé la négative dans un arrêt du 29 janvier 1866 ⁽⁴⁾. « Attendu, dit-elle, que si, au cas de

(1) Aubry et Rau, § 732, texte et note 8.

(2) Réquier, n° 234.

(3) Lyon, 18 avril 1860, D. 61, 5, 338; Poitiers, 5 mars 1862, D. 62, 2, 119. Ajoutez les autorités, citées plus haut, qui repoussent toute action en nullité du partage conjonctif avant la mort des deux époux.

(4) D. 1866, 1, 65.

donation-partage faite par le père et la mère au profit de leurs enfants de tous leurs biens réunis en une seule masse, l'action en rescision ou en réduction accordée par l'article 1079, ne se prescrit qu'à partir du décès de l'ascendant survivant, il ne saurait en être de même de l'action en nullité fondée sur l'inaliénabilité des biens dotaux compris dans le partage, qui prend naissance dans le fait même du partage de ces biens, qui est exercé par les enfants du chef de leur mère, et dont la prescription se trouve, pour eux comme pour elle, régis par les dispositions de l'article 1560.... » Cependant nous croyons devoir repousser cet arrêt et ne faire courir la prescription de cette action que du décès du survivant des époux et non du jour de la dissolution du mariage. Car, s'il est vrai que les enfants exercent cette action du chef de leur mère, ils ne sont cependant pas dans la même situation. Rien n'eût paralysé la liberté de celle-ci du jour de la dissolution du mariage; tandis, qu'en demandant la nullité de la donation de leur mère avant le décès du père survivant, les enfants s'exposent à entraîner l'anéantissement du partage tout entier, et à voir rentrer dans le patrimoine paternel les biens qu'ils tenaient de la libéralité de leur père. Il serait donc injuste de les forcer sous peine de déchéance, à agir immédiatement (1).

92. — De même que la prescription, la ratification peut aussi couvrir les vices du partage d'ascendant.

Toutefois, le partage nul pour omission d'un descendant ne peut pas être confirmé. On ne confirme pas un

(1) Demol., n° 228; Réquier, n° 251.

acte inexistant, le néant. La ratification expresse ne saurait avoir plus de pouvoir en cette circonstance que la prescription libératoire qui n'est qu'une ratification tacite. Deux choses seulement peuvent enlever à l'enfant omis le droit de demander un partage nouveau : sa renonciation à la succession de l'ascendant, et la prescription acquisitive accomplie au profit des autres enfants.

Il en est autrement quand le partage est simplement annulable, entaché d'une nullité relative : quand il est rescindable pour lésion ou pour toute autre cause. L'article 1338, en effet, admet la ratification de l'acte contre lequel existe une action en nullité ou en rescision, sans en distinguer la cause.

La ratification peut être expresse ou tacite. L'écrit constatant la ratification expresse est soumis aux conditions de forme de l'article 1338; c'est-à-dire qu'il doit contenir la mention de la substance de l'acte confirmé, du motif de l'action en rescision, et de l'intention de réparer le vice sur lequel l'action est fondée. Ces conditions ne sont exigées que pour la preuve et non pour l'existence même de la confirmation.

Il y a confirmation tacite quand l'acte a été exécuté volontairement depuis l'époque où il pouvait être valablement ratifié. Quels sont les actes d'exécution qui peuvent entraîner ainsi une confirmation tacite? Ils varient à l'infini. Citons, à titre d'exemple, l'aliénation faite par le copartagé d'un objet entrant dans la composition de son lot, le fait de recevoir une somme d'argent à titre de soulte ou de complément de son lot, le paiement d'une soulte, etc.....

Quand il s'agit d'une nullité pour cause de lésion, la simple exécution du partage, même avec la connaissance

du vice qui l'entache, ne suffit pas pour enlever le droit d'agir au descendant lésé. Celui-ci peut encore se trouver sous l'influence des causes qui lui ont fait accepter un partage lésif : besoin pressant d'argent, passion, etc., D'autre part, la reconnaissance de la lésion n'est pas toujours un point très-facile et très-simple, surtout lorsqu'il s'agit de savoir, comme dans la lésion de plus du quart, si la lésion dépasse, oui ou non, un certain chiffre déterminé. Ce n'est plus là un fait simple, comme dans l'hypothèse d'un dol ou d'une violence. Aussi, pour faire résulter la ratification du partage lésif d'un acte d'exécution, les juges devront constater que le copartagé lésé a agi en pleine connaissance de cause et avec la volonté libre et bien arrêtée de tenir le partage pour valable ⁽¹⁾.

En cas de partage cumulatif, la ratification ne saurait intervenir valablement avant le décès du survivant des époux, car, n'ayant aucun effet relativement aux biens distribués par celui-ci, elle ne saurait enlever aux enfants le droit d'attaquer, après sa mort, sa distribution, et de faire tomber par là le partage tout entier ⁽²⁾.

Il est à peine besoin de faire remarquer que la ratification n'est valable que si elle émane d'une personne ayant la pleine disposition de ses droits. C'est pourquoi la femme mariée sous le régime dotal, et qui se serait constitué en dot tous ses biens à venir, ne pourrait vala-

(1) Poitiers, 5 mars 1862, Sir., 64, 1, 433; Cass., 9 mai 1855, Sir., 35, 1, 791; Cass., 13 févr. 1851, Sir., 51, 1, 340; Bordeaux, 30 juill. 1849, Sir., 50, 2, 37; Réquier, n° 247; Bonnet, II, 667; Aubry et Rau, § 734.

(2) Chambéry, 23 juill. 1873, Sir., 74, 2, 43; Cass., 11 juin 1872, Sir., 73, 1, 110; Demol., n° 227; Réquier, n° 250; Bonnet, II, 661; Aubry et Rau, § 734.

blement ratifier le partage opéré par ses ascendants. Il est vrai qu'elle a pu l'accepter; mais c'est qu'en acceptant elle ne fait que recevoir les biens qui composent sa dot : l'acte, purement déclaratif, ne renferme aucune aliénation de sa part. En ratifiant, au contraire, un partage où elle n'aurait pas reçu les trois quarts de sa part, elle renoncerait à une partie des biens qui devaient lui revenir : elle ferait une aliénation. C'est ce qu'a sagement décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 2 juillet 1866 (1).

La confirmation du partage ne peut jamais avoir lieu du vivant de l'ascendant, car l'action en nullité n'est pas donnée avant sa mort, attendu qu'elle a un caractère héréditaire (2). M. Genty déclare cependant que le partage entre-vifs peut être ratifié du vivant même de l'ascendant au moyen d'un acte notarié, fait dans la forme des donations entre-vifs, avec le consentement et la participation de tous les copartagés et de l'ascendant; car, dit-il, un acte peut toujours être ratifié en accomplissant les formalités qui sont exigées pour sa confection (3). S'il veut dire par là que l'ascendant qui a fait un partage inégal peut réparer l'inégalité qu'il a commise en remaniant son partage dans un acte notarié postérieur avec l'assentiment de tous ses enfants, et éviter ainsi la rescision pour lésion, c'est assurément vrai, et nous adoptons pleinement sa décision. Mais nous nous arrêtons là, et nous n'irons pas jusqu'à prétendre, comme on pourrait peut-être l'induire des

(1) D. 1866, 4, 387; Aubry et Rau, § 734; Réquier, n° 249.

(2) Genty, p. 268; Bonnet, II, 635 et 636; Aubry et Rau, § 734, texte et note 26; Réquier, nos 243 et suiv.; Demol., n° 225.

(3) Genty, p. 268.

termes de M. Genty, qu'un acte notarié qui ne serait qu'une ratification pure et simple aurait pour résultat d'enlever au copartagé son action en nullité.

Toutefois les actes de confirmation, expresse ou tacite, opérés durant la vie de l'ascendant ne seront pas toujours complètement inutiles. Le juge pourra y trouver la preuve que le descendant lésé avait connaissance du vice qui entachait le partage. Il suffirait donc dans ces circonstances d'un acte d'exécution ou de ratification de sa part après le décès de l'ascendant pour qu'on pût opposer une fin de non-recevoir certaine à sa demande en rescision ⁽¹⁾.

Quand l'ascendant s'est contenté de faire l'abandon de ses biens indivis à ses enfants et que ceux-ci en ont ensuite fait eux-mêmes la distribution, l'action en rescision contre le partage s'ouvre immédiatement et le point de départ de sa prescription date de ce moment. La question de savoir si la distribution a été véritablement faite par les donataires eux-mêmes ou si-elle a été inspirée et parfaite en définitive par l'ascendant est quelquefois assez difficile à résoudre ; c'est une question de fait, laissée à l'appréciation du tribunal.

93. — Le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage, en offrant et fournissant au demandeur le supplément de sa part, soit en numéraire, soit en nature (article 891). C'est là encore une cause d'extinction de l'action en rescision. Peut-elle s'appliquer à tous les cas de nullité ? Personne n'en conteste l'application au cas de nullité

(1) Cass., 11 juin 1872, D. 72, 1, 452.

pour lésion de plus du quart, puisque la faculté donnée au défendeur d'offrir un supplément au lésé n'est que la règle ordinaire en matière de partage. A l'inverse tout le monde la repousse dans l'hypothèse de l'article 1078, c'est-à-dire quand le partage est nul pour omission d'un enfant : le partage, en effet, est ici complètement inexistant, faute de cause.

Ceux qui croient que la deuxième action de l'article 1079 est une action en réduction, doivent admettre que son cours ne peut être arrêté par l'offre d'un supplément, car son but est de faire compléter la réserve, laquelle doit toujours être remplie en corps héréditaires ⁽¹⁾. Quelques auteurs cependant, inconséquents avec leur théorie, enseignent le contraire, en se basant sur un motif d'utilité publique ⁽²⁾. Pour nous, qui y voyons une action en rescision, nous croyons devoir admettre la disposition de l'article 891 : cela nous paraît la conséquence forcée de notre principe. M. Genty ⁽³⁾ cependant est d'une autre opinion, car, dit-il, la loi n'étend pas expressément le bénéfice de l'article 891 au cas qui nous occupe, et, d'autre part, cela pourrait laisser subsister une inégalité en nature au préjudice des descendants atteints dans leur réserve, car, l'enfant avantagé ne manquerait jamais de fournir un supplément en numéraire à ses frères et sœurs, alors qu'il garderait pour lui les biens solides et avantageux. Mais est-ce que cet inconvénient n'arrive pas dans le cas de lésion de plus du quart, où la réserve elle-même peut se trouver quelquefois cruellement atteinte;

(1) Cass., 16 avril 1873, D. 73, 1, 290; Cass., 1^{er} mai 1861, D. 62, 1, 529; Aubry et Rau, § 734; Lyon-Caen, *Th.*, p. 288.

(2) Laurent, XV, p. 199; Réquier, n° 217.

(3) Genty, p. 324 et 325.

et est-ce que l'article 891 se déclare davantage applicable à la première action de l'article 1079 qu'à la seconde? D'ailleurs, loin d'être un inconvénient, l'application de l'article 891 est plutôt un avantage : elle protège la propriété contre des évictions trop fréquentes qui tendraient à la déprécier en ébranlant sa stabilité. A ce point de vue surtout « il est important d'empêcher la rescision des partages, qui peut compromettre non-seulement les intérêts de toute une famille, mais encore ceux des tiers qui auraient traité avec les copartageants sur la foi d'un acte, dont ils n'avaient pu connaître le vice (1). »

La jurisprudence admet la nullité du partage d'ascendant pour inobservation des articles 826 et 832. Il est bien évident que l'offre d'une indemnité pécuniaire ne serait d'aucune utilité dans cette hypothèse puisqu'elle ne saurait rétablir l'égalité en nature.

Elle serait tout aussi inutile dans le cas où l'un des descendants se plaindrait de l'existence d'un dol ou d'une violence dans la confection du partage.

94. — Par exception à la règle de procédure qui permet au juge, dans les procès entre frères et sœurs, de compenser les dépens entre les gagnants et les perdants (art. 113, Pr. civ.), « l'enfant qui attaquera le partage fait par l'ascendant, porte l'article 1080, devra faire l'avance des frais de l'estimation; et il les supportera en définitif, ainsi que les dépens de la contestation, si la réclamation n'est pas fondée. »

La loi a voulu par là arrêter autant que possible les enfants sur le chemin des procès et des contestations.

(1) Réquier, n° 247.

Elle fait supporter à l'enfant, qui attaque témérairement l'œuvre de son père, tous les frais du procès, parce qu'elle juge sa conduite avec défaveur.

Et elle impose l'avance des frais d'estimation à celui qui se prétend lésé, pour garantir aux autres descendants, pour le cas où la contestation serait reconnue mal fondée, le paiement facile et immédiat de ces frais.

Puisque la loi n'a rien dit du cas où la contestation serait reconnue fondée, on appliquera alors les règles de droit commun, c'est-à-dire que le tribunal aura la faculté de compenser les dépens entre les parties.

Le demandeur en rescision n'est pas forcé de consigner les frais (1). La loi ne l'ordonne pas. Mais les juges sont maîtres d'ordonner telles mesures conservatoires qu'ils voudront pour en assurer le paiement, par exemple le dépôt préalable de la somme au greffe.

Le texte de l'article 1080 vise l'enfant qui attaquerait le partage *pour une des causes exprimées dans l'article précédent*, c'est-à-dire pour un des deux cas de lésion de l'article 1079. Doit-on étendre ses dispositions au cas où il l'attaquerait pour toute autre cause.

On reconnaît, sans contestation, qu'elles ne sauraient être appliquées dans l'hypothèse de l'article 1078, lorsque l'enfant omis intente son action en pétition d'hérédité, car le partage de l'ascendant n'existe plus; si bien que les enfants qui y ont été compris peuvent eux-mêmes en demander un nouveau.

Mais c'est un point controversé, au contraire, que de savoir si elles sont opposables à l'enfant qui attaque le partage, soit pour inobservation des articles 826 et 832,

(1) Riom, 10 mai 1851, Sir., 51, 2, 598.

soit pour un vice de droit commun, dol, erreur ou violence. M. Genty penche pour l'affirmative, car, dit-il, si la lettre de la loi manque, nous avons du moins son esprit; le Code, dans l'article 1080, ne porte son attention que sur les causes de rescision qu'il a citées dans le chapitre des partages d'ascendants; mais il y a les mêmes raisons de punir la témérité du descendant qui attaquerait le partage sous un autre prétexte⁽¹⁾. M. Demolombe, au contraire, refuse d'étendre les dispositions de l'article 1080 en dehors de son texte si formel. Tout au plus pourrait-il le faire pour l'action en nullité basée sur une inégale répartition des biens en nature, parce qu'il y a là une lésion comme dans les cas de l'article 1079, et encore préfère-t-il s'en tenir au texte si précis de la loi⁽²⁾.

SECTION III.

Effets de la nullité ou rescision du partage d'ascendant.

SOMMAIRE.

- 95. — Effets de la nullité du partage entre-vifs.
- 96. — Effets de la nullité du partage testamentaire.
- 97. — La nullité du partage d'ascendant laisse subsister les libéralités comprises dans l'acte de la donation ou du testament.
- 98. — Restitution des fruits.

95. — Pour bien déterminer les effets de la nullité du partage d'ascendant il nous faut distinguer entre le partage entre-vifs et le partage testamentaire.

(1) Genty, p. 331.

(2) Demol., n° 213.

Le partage entre-vifs déclaré nul ou rescindé, en vertu des articles 1078 et 1079 ou des autres causes de nullité de droit commun, doit être considéré comme n'ayant jamais existé. S'il n'a pas été mis encore à exécution, ce qui se présentera assez rarement, il ne sera pas exécuté. S'il l'a été déjà, les descendants devront remettre en commun les biens qu'ils ont reçus de l'ascendant, pour reconstituer la masse partageable qui va servir à une nouvelle répartition. Quels seront les procédés employés pour cette reconstitution? Les objets donnés seront-ils tous forcément remis en nature, restitués identiquement, même les meubles, même les biens qui ont été aliénés? Pour qui auront été les risques, pour le descendant détenteur du bien ou pour la masse commune?

Cette question est assez vivement débattue. Sa solution dépend de la solution de cette autre question : l'annulation du partage entraîne-t-elle avec elle l'anéantissement de la donation? Car la nature du partage est double. C'est une donation en avancement d'hoirie, par laquelle l'ascendant transmet irrévocablement la propriété des biens donnés à ses héritiers présomptifs. Et c'est un partage par lequel il opère entre eux la distribution de son patrimoine.

Nous avons vu plus haut que l'annulation de la donation faisait tomber le partage, parce que c'était la donation qui lui servait de base, qui fournissait la matière à la distribution.

Rien n'empêche, au contraire, croyons-nous, la donation de survivre au partage. Elle a son existence propre. Durant la vie de l'ascendant même, elle est le seul caractère certain de l'opération de l'ascendant : le partage n'est que conditionnel. Elle a ses conditions de

validité indépendantes et différentes de celles du partage. De quelque façon que l'ascendant ait réparti ses libéralités entre ses descendants, sa donation en avancement d'hoirie est toujours valable, puisqu'il peut toujours à ce titre disposer librement pendant sa vie.

Par conséquent, si le partage est annulé, les biens donnés se trouvent sujets à rapport, ou, pour mieux dire, l'obligation du rapport, écartée par le partage, reparaît pour les descendants. Ce sont donc les règles du rapport qu'il faut ici appliquer. Les meubles seront rapportés en moins prenant, et les immeubles en nature sauf la faculté pour le descendant tenu du rapport de ne les restituer qu'en moins prenant s'il les a aliénés, ou s'il se trouve dans la succession indivise ou dans l'apportionnement de ses cohéritiers d'autres immeubles de même nature, valeur et bonté : dans ce cas, le rapport aurait lieu sur le pied de la valeur des immeubles au jour de l'ouverture de la succession (art. 858 et suiv.). Et par suite, les risques du mobilier auront été pour celui qui l'a reçu, et les risques des immeubles pour la masse.

De notre solution découlent encore les conséquences suivantes :

Le tiers acquéreur d'un immeuble aliéné par le descendant donataire ne sera pas atteint par la rescision du partage ;

Les créanciers héréditaires ne profiteront pas de l'annulation du partage ; ils n'ont aucun droit sur les biens rapportés, car le seul but du rapport est de rétablir l'égalité entre les cohéritiers (art. 857) ;

L'enfant renonçant à la succession de l'ascendant donateur retiendra valablement, dans la limite de la quotité disponible, les biens qu'il en a reçus ;

Et ses héritiers légitimes et testamentaires, autres que ses descendants, les garderont aussi dans la même mesure (1).

Cette solution, donnée par la majeure partie de la doctrine, est combattue par MM. Aubry et Rau et Laurent (2). Ces auteurs ne veulent pas attribuer à la rescision du partage d'ascendant d'autres effets que ceux que produit la rescision d'un partage ordinaire; car, disent-ils, la donation-partage étant indivisible dans l'intention du père de famille, la rescision du partage met à néant le titre en vertu duquel les descendants possédaient les biens compris dans leurs lots. Nous ferons remarquer toutefois, qu'au risque d'être accusés de contradiction, MM. Aubry et Rau (3) ne généralisent pas leur solution et se rallient à la nôtre dans le cas de nullité pour omission d'un descendant, parce que les termes de l'article 1080 ne visent que *le partage*.

Dans ses derniers arrêts, la jurisprudence a décidé aussi que la donation ne survivait pas à l'annulation du partage, car, on ne saurait, dit-elle, sans dénaturer le caractère du partage d'ascendant, en scinder les dispositions et considérer les donations comme indépendantes du partage dont elles sont seulement l'instrument et le moyen (4).

(1) Demol., n^{os} 235 et suiv.; Réquier, n^{os} 194 et suiv.; Bonnet, II, 679 et 684; Genty, p. 319; Bertauld, *Questions*, II, n^{os} 303 et suiv.; Lyon-Caen, *Th.*, p. 279.

(2) Aubry et Rau, § 734; Laurent, XV, p. 130 et 168.

(3) Aubry et Rau, § 730, note 12.

(4) Cass., 22 août 1877, D. 77, 1, 481; Montpellier, 10 janv. 1878, D. 80, 2, 35; Lyon, 6 mars 1878, D. 78, 2, 65; *Contrà* Toulouse, 21 août 1875 : sa décision a été cassée par l'arrêt du 22 août 1877.

Voilà les conséquences pratiques de cette décision :

Les meubles et les immeubles devront être restitués identiquement à la masse partageable ;

Les aliénations faites par les copartagés seront résolues par application de la maxime : *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* ;

Tous les risques auront été pour la masse ;

Les créanciers héréditaires profiteront de la rescision du partage puisque les biens qu'il comprenait doivent être considérés comme n'étant jamais sortis du patrimoine de l'ascendant ;

Les enfants qui auraient renoncé à sa succession devraient restituer tous les biens qu'ils ont reçus sans pouvoir prétendre à quelque chose dans le nouveau partage ;

Enfin les héritiers ou successeurs des enfants prédécédés devront aussi restituer tout ce que leur auteur avait reçu de l'ascendant, bien qu'ils ne puissent rien prendre dans le nouveau partage s'ils ne sont pas les représentants légitimes du défunt.

Cette doctrine doit être repoussée au point de vue pratique, au point de vue juridique, et au point de vue de l'intention présumée de l'ascendant.

Ses résultats ne sont-ils pas, en effet, fort regrettables ? Ils portent atteinte aux intérêts des descendants, des tiers, et par suite au crédit public. Aux intérêts des descendants, d'abord ; car ils sont exposés à perdre par la rescision du partage tout ce qu'ils avaient recueilli de la libéralité de l'ascendant, puisque les créanciers héréditaires pourront faire valoir tous leurs droits sur les biens rentrés dans sa succession ; de sorte qu'il pourra très-bien se faire que le descendant lésé de plus du quart

préfère ne pas attaquer le partage de peur d'avoir encore un lot moins fort dans le nouveau partage : résultat assurément bien bizarre. Aux intérêts des tiers ensuite, aux intérêts de ceux qui ont traité avec les donataires, puisque jusqu'à la prescription de l'action en rescision ils auront à redouter la résolution de la donation et par conséquent l'anéantissement de leur contrat, de leur propre acquisition : problème dont la solution ne laisse pas souvent d'apparaître comme fort douteuse et d'autant plus menaçante qu'elle peut être retardée pendant de longues années. Au crédit public lui-même enfin, car la résolution possible de la donation, empêchant le descendant d'aliéner et le tiers d'acquérir en toute sécurité les biens compris dans la donation-partage, tend à en déprécier la valeur et à en arrêter la circulation.

Il est vrai que ces conséquences se produisent en cas de rescision d'un partage ordinaire. Mais là, c'est une nécessité, puisque le partage est le seul titre de propriété des cohéritiers et qu'il se trouve justement anéanti. Ici, au contraire, la donation a donné aux enfants une propriété irrévocable, indépendante de leur qualité de copartagés.

Nos adversaires ne cachent pas, du reste, que la donation-partage se compose de deux éléments distincts, l'élément de partage et l'élément de donation, car ils admettent que l'ascendant peut demander la révocation de sa libéralité dans les hypothèses de l'article 953 et suivants, alors qu'ils lui interdisent de demander la nullité du partage. Il est vrai qu'un jurisconsulte a semblé ne voir dans la donation qu'une simple forme du partage lui-même : « prétendre qu'il reste une donation quand le partage est annulé, a-t-il dit, c'est vouloir que la forme

survive quand le fond est mis à néant (1). » Mais c'est vouloir donner à la donation-partage un caractère simple et unique, ce que nul autre auteur, croyons-nous, n'a songé à déclarer.

Votre décision, nous objecte-t-on, va ouvertement à l'encontre de la volonté de l'ascendant qui n'a entendu faire qu'un partage. C'est ce que nous nions. Car s'il avait voulu opérer simplement lui-même le partage de ses biens pour l'éviter à ses enfants, il se serait contenté de le faire par une disposition testamentaire, qui n'aurait pris vie qu'au moment de sa mort. Il a, au contraire, disposé entre-vifs, il s'est démis de son vivant, et le plus souvent, il a fait un contrat en vue de ses convenances personnelles. Cela est tellement vrai qu'il n'a pas même le droit de demander la nullité de son opération, alors qu'il serait manifeste qu'elle n'a pas rempli les conditions d'un partage. « Saisis, en leur qualité de donataires, d'un droit de propriété irrévocable, les descendants, dit M. Réquier (2), ont pu, comme tous les autres donataires en avancement d'hoirie, disposer des biens qui leur ont été transmis par le donateur, à la charge seulement de rapporter à leurs cohéritiers la valeur des biens aliénés, dans le cas où un nouveau partage serait ordonné. »

D'ailleurs, l'annulation de la donation dépasserait le but que la loi cherche à atteindre en prononçant la nullité du partage d'ascendant. Elle a voulu seulement rétablir l'égalité entre les enfants. La résolution des aliénations qu'ils ont pu consentir est complètement inutile

(1) Observations de Dalloz à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 février 1856, D. 1856, 1, 113.

(2) Réquier, n° 202.

pour obtenir ce résultat : les règles du rapport suffisent amplement.

96. — La loi ne s'est pas expliquée davantage sur les conséquences de la rescision du partage testamentaire : il faut donc s'en tenir aux principes.

Si le partage n'a pas encore été exécuté, comme cela arrive le plus souvent, lors du moins qu'il est nul pour omission d'un descendant, on devra évidemment le tenir pour non avenu.

Mais il en serait encore ainsi, lors même qu'il aurait reçu un commencement d'exécution. Toute chose devra être remise dans le même état qu'au moment du décès de l'ascendant. Les biens rentreront dans sa succession francs et quittes de toute charge du chef des copartagés; et s'ils avaient consenti des aliénations, elles se trouveraient résolues, car *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Les descendants, simples héritiers *ab intestat*, n'auront, en aucun cas, le droit de garder les immeubles en nature pour ne les rapporter qu'en moins prenant, de même qu'ils pourront être forcés de restituer le mobilier qu'ils auraient pris et qui existerait encore entre leurs mains. Les meubles et les immeubles auront donc été aux risques de la succession. Ce sont les règles de la rescision du partage ordinaire. Il est, en effet, impossible d'appliquer ici les règles du rapport, puisque l'annulation du partage anéantit le seul titre en vertu duquel les descendants avaient été mis en possession de leurs lots (1).

(1) MM. Bertauld et Laurent qui, donnant aux descendants la qualité de légataires, font survivre à l'annulation du partage un legs collectif ou des legs individuels, appliquent ici les règles du rapport (Bertauld, II, n° 318; Laurent, XV, p. 61 et s.).

97. — La nullité du partage d'ascendant laisse subsister les libéralités, legs ou donations, que l'ascendant aurait pu faire, dans le même acte, au profit d'un étranger ou de l'un de ses enfants.

Cela est bien évident d'abord pour l'étranger. Il pourra toujours demander la délivrance des biens qui lui ont été légués ou donnés à titre particulier, s'il n'en est déjà nanti, ou les retenir dans le cas contraire. Si le legs ou la donation est à titre universel ; si son objet est une quote-part des biens de l'ascendant, l'étranger gratifié ne pourra exiger la délivrance des biens qui lui ont été assignés par l'ascendant, ni les garder s'il les a en sa possession ; mais il se présentera au nouveau partage de la succession pour réclamer la délivrance de la quotité qui lui a été attribuée, pour faire valoir son legs ou sa donation.

La solution est absolument la même quand le donataire ou le légataire est un descendant, avantagé par préciput. Mais il sera souvent assez difficile de savoir si la disposition de l'ascendant, insérée dans l'acte même de son partage, constitue en faveur du descendant gratifié une libéralité distincte et indépendante, une libéralité préciputaire en un mot, ou si, au contraire, elle ne constitue pas un titre spécial, et n'a d'existence que par l'existence même du partage, dont elle est une des clauses et avec lequel elle se confond ⁽¹⁾. Écartons d'abord le cas où l'ascendant aurait déclaré en termes exprès faire une donation ou un legs *par préciput et hors part* : il est bien évident que l'annulation du partage n'atteindra pas cette

(1) Nous avons touché déjà à ce sujet en parlant des formes du partage d'ascendant. Nous ne nous plaçons point ici au même point de vue tout à fait.

libéralité; aucune difficulté d'interprétation ne peut surgir en cette circonstance. La difficulté ne peut se présenter que si l'avantage ne résulte pour l'enfant que de la composition de son lot, ou si la libéralité qui lui a été faite en sus de sa part n'a pas été précédée des mots *par préciput et hors part*. Dans cette dernière hypothèse, la disposition de l'ascendant doit être considérée comme une véritable libéralité préciputaire; l'enfant aurait le droit de conserver ou de prendre ce qui lui a été attribué en dehors de son lot, et ne serait nullement soumis à le rapporter. La dispense du rapport n'a pas besoin, en effet, d'être textuellement exprimée : il suffit que l'intention du disposant apparaisse manifestement : c'est de jurisprudence constante; et ici la libéralité, dans l'intention de celui qui l'a faite, est bien évidemment indépendante du sort de partage ⁽¹⁾. Dans la première hypothèse, au contraire, lorsque l'avantage fait à l'enfant ne tient pas à une autre cause qu'à la composition même des lots, il doit tomber en même temps que le partage avec lequel il est confondu, auquel il est subordonné. Cette proposition est incontestable lorsque l'acte de partage ne renferme aucune clause de préciput. Elle doit aussi être admise lors même que dans son acte de partage l'ascendant a déclaré disposer *à titre de partage, et, en tant que besoin, par préciput*, ou léguer par préciput et hors part à chacun des copartagés le lot qu'il lui a destiné. Ces expressions générales, qui s'étendent également à tous les enfants, n'indiquent pas assez clairement l'intention de faire à l'un d'eux un avantage préciputaire :

(1) Demol., n° 241; Réquier, n° 203; Troplong, IV, n° 2330; Aubry et Rau, § 728, 3°, texte et notes 11 et 12. — *Contra* cependant Duranton, IX, n° 652.

elles ont été plutôt employées pour spécifier la dispense collective de rapport, résultant du partage d'ascendant. Plus difficile serait le cas où l'ascendant aurait déclaré donner ou léguer par préciput à chacun de ses enfants l'excédant de valeur que son lot pourrait présenter sur celui des autres. Ceux des enfants à qui les lots les plus fort sont été attribués pourront-ils, après l'annulation du partage d'ascendant, invoquer cette disposition pour demander qu'on observe les mêmes proportions dans la nouvelle répartition? Non, en général du moins; car le but de l'ascendant n'était pas tant d'avantager quelques-uns de ses enfants (il ne savait peut-être même pas quels étaient les lots les plus avantageux en définitive), que de parer à l'éventualité d'un procès en rescision de son partage pour cause de lésion ⁽¹⁾. Mais s'il était démontré que l'inégalité des lots était bien intentionnelle, si la volonté de l'ascendant d'avantager un ou quelques-uns de ses enfants apparaissait d'une manière indubitable, alors cette clause devrait être considérée comme renfermant une libéralité par préciput distincte du partage lui-même, et elle lui survivrait : l'enfant avantagé aurait le droit de réclamer un lot plus fort dans le nouveau partage. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la cour d'Agen du 16 février 1857 ⁽²⁾. La solution à donner dépend donc, avant tout, de l'intention présumée du disposant : c'est une question d'interprétation.

C'est la seule question, du reste, qui se pose ici; c'est

(1) Caen, 17 décembre 1858; Genty, p. 82 et 182; Aubry et Rau, § 728, 3^o, texte et note 13; Demolombe, n^o 242; Chambéry, 23 juillet 1873, Sir., 74, 2, 43.

(2) D. 1858, 2, 106; Réquier, n^o 206; Laurent, XV, p. 32. — *Contra* Demol., n^o 242.

la question qui domine toute la matière : l'ascendant a-t-il, oui ou non, voulu faire une libéralité indépendamment de son partage? Aussi, croyons-nous avec M. Demolombe ⁽¹⁾, que la cour de Rouen a pu juger valablement que les libéralités faites à un étranger dans un partage d'ascendant devaient tomber avec lui lorsqu'il était reconnu qu'elles se liaient intimement au partage lui-même.

98. — Lorsque le partage est annulé ou rescindé, les enfants sont obligés de rapporter les biens qui leur avaient été attribués. Ils doivent également restituer les fruits qui n'en sont que l'accessoire. Mais à partir de quelle époque sont-ils tenus de cette restitution?

M. Genty a voulu établir une distinction entre le cas où le partage est déclaré nul pour violation de l'article 1078 et celui où il est rescindé pour toute autre cause. Dans le premier cas les fruits seraient dûs toujours à partir de l'ouverture même de la succession, si du moins à cette époque les descendants avaient connaissance de la cause de nullité, parce que, dit-il, le partage étant inexistant, ceux-ci n'avaient aucun titre de propriété. Dans le second, au contraire, le partage, étant simplement rescindable, avait une existence aux yeux de la loi et les enfants étaient légalement propriétaires jusqu'au jour où il a été rescindé : aussi les fruits ne seront-ils jamais dûs que du jour de la demande en rescision ⁽²⁾.

Cette distinction n'est pas juridique, car si le titre annulable existe aux yeux de la loi tant que la nullité n'en

(1) Demol., n° 243 ; Rouen, 9 mai 1855, Sir., 55, 1, 785, en note.

(2) Genty, p. 123.

a pas été prononcée, il est rétroactivement anéanti dès qu'elle vient à l'être, et par suite le copartageant n'a jamais été qu'un simple possesseur.

Mais on doit, conformément au droit commun, distinguer entre le possesseur de bonne foi et celui de mauvaise foi. Le copartagé de bonne foi ne devra restituer les fruits que du jour où la demande en nullité du partage lui aura révélé le vice de son titre. Il est présumé, du reste, avoir joui de bonne foi jusqu'à cette époque. Il faudrait pour qu'il fût condamné à rapporter les fruits perçus auparavant qu'on établît sa mauvaise foi antérieure. S'il est prouvé qu'il a possédé de mauvaise foi, il devra les fruits du jour-même où il a connu le vice du partage. Toutefois, en cas de partage entre-vifs, il ne devra jamais compte des fruits perçus avant la mort de l'ascendant. Cela est admis non-seulement par ceux qui ne voient dans les enfants que de simples donataires jusqu'à cette époque, ou qui prétendent que la donation survit à la rescision du partage, mais aussi par les auteurs qui voient dans la donation-partage un partage *hic et nunc* ou qui pensent que l'annulation du partage ne laisse pas subsister la donation ⁽¹⁾.

(1) Demol., n° 240; Réquier, n° 206 *bis*; Aubry et Rau, § 734, notes 32 et 33; Bonnet, II, 693 et 694; Cass., 14 juil. 1869, Sir., 69, 1, 453; Cass., 11 juil. 1866, Sir., 66, 1, 399; *Contrà* cependant, Bordeaux, 23 déc. 1845, Sir., 46, 2, 241.

CHAPITRE V.

Législation fiscale des partages d'ascendants.



SOMMAIRE.

- 99. — Droits fiscaux payés pour le partage d'ascendant avant la loi du 14 juin 1824.
- 100. — Modification de la loi du 14 juin 1824.
- 101. — Modification de la loi du 24 juin 1875.
- 102. — Règle pour les soultes.
- 103. — La réduction fiscale doit être limitée au cas prévu par la loi.

99. — La loi du 22 frimaire an VII, qui peut être regardée encore de nos jours comme le Code de l'enregistrement, ne contenait aucune disposition relative aux partages d'ascendants. Son silence sur ce point s'explique très-facilement, car si le partage d'ascendant n'avait pas été interdit complètement par la législation de nivôse an II, dont les dispositions étaient encore en vigueur ⁽¹⁾, il avait du moins été rendu presque impraticable par la prohibition de toute inégalité entre les héritiers.

Mais la loi du 5 germinal an VIII et le Code civil ne

(1) Nous avons vu au commencement de ce traité qu'un assez grand nombre d'auteurs prétendaient que le partage d'ascendant était alors interdit.

disent rien non plus des droits fiscaux qui doivent frapper les partages d'ascendants. On en a conclu qu'ils étaient soumis aux mêmes droits de mutation que les donations entre-vifs ou testamentaires en ligne directe. La loi du 25 ventôse an IX assujettissait, d'ailleurs, dans son article 9, la démission de biens au même droit que la donation entre-vifs.

Par conséquent on soumettait le partage d'ascendant fait entre-vifs au droit proportionnel de 1 fr. 25 pour 100 sur les meubles et de 2 fr. 50 pour 100 sur les immeubles (1); et le partage opéré par acte de dernière volonté au droit proportionnel de 0 fr. 25 pour 100 sur les meubles et de 1 fr. pour 100 sur les immeubles, plus au droit fixe de 3 francs (2).

100. — La loi du 16 juin 1824 modifia cet état de choses relativement au partage entre-vifs.

La commission du budget, à la Chambre des députés, avait proposé de réduire au taux du droit de mutation après décès le droit de mutation entre-vifs des dons en avancement d'hoirie en ligne directe. C'était une heureuse et sage inspiration, car pourquoi frapper d'un droit plus élevé la transmission à titre gratuit des mêmes biens et entre les mêmes personnes parce qu'elle est opérée entre-vifs, au lieu de l'être au décès du transmettant? La transmission doit toujours s'opérer; un peu plus tôt ou un peu plus tard, qu'importe à la loi! Elle a même intérêt à favoriser la transmission entre-vifs dont le but est de procurer un établissement avantageux aux enfants,

(1) Loi du 22 frim. an VII, art. 69, § 4-1° et § 6-2°.

(2) Art. 69, § 4-3° et § 33-4°. — Le droit fixe de 3 fr. fut porté à 5 fr. par la loi de finance du 28 avril 1816, art. 45-4°.

ou de remettre à l'activité de mains plus jeunes l'administration d'un patrimoine trop lourde désormais pour les mains vieilles et fatiguées de l'ascendant. Les besoins du Trésor, mis dans la balance, furent toutefois plus pesants que toutes ces bonnes raisons juridiques et sociales, et les donations en avancement d'hoirie continuèrent à être soumises aux mêmes droits qu'auparavant.

On ne fit d'exception que pour la donation-partage. Voici le texte de l'article 3 de la loi de 1824 : « Le droit de l'enregistrement, fixé par les paragraphes 4 et 6 de l'article 69 de la loi du 12 décembre 1798 (22 frimaire an VII), pour les donations entre-vifs en ligne directe, à 4 fr. 25 cent. pour 100 fr. sur les biens meubles, et à 2 fr. 50 cent. sur les immeubles, est réduit en ce qui concerne les donations portant partage, faites par acte entre-vifs, conformément aux articles 1075 et 1076 du Code civil, par les père et mère ou autres ascendants, au droit de 0 fr. 25 cent. pour 100 fr. sur les biens meubles, et de 1 fr. par 100 fr. sur les immeubles, ainsi qu'il est réglé pour les successions en ligne directe. »

Cette réduction de droits était un grand privilège accordé à la donation-partage. La loi lui en accordait encore un autre. « Le droit d'un et demi pour cent, ajouté au droit d'enregistrement par l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, continuait l'article 3, ne sera perçu pour lesdites donations que lorsque la transcription en sera requise au bureau des hypothèques. » Voici en quoi consistait cette nouvelle faveur. L'article 54 de la loi du 28 avril 1816 avait décidé que le droit proportionnel de transcription de un et demi pour cent, qui n'était jusqu'alors perçu qu'au moment même de la transcription effective au bureau des hypothèques des actes suscep-

tibles d'être transcrits, le serait désormais en même temps que les droits de l'enregistrement. La loi de 1824 rétablit l'ancien système pour la donation-partage, substitua au nouveau droit immédiatement obligatoire un droit de transcription facultatif, exigible seulement au cas où l'on requerrait la transcription.

Depuis la loi du 18 mai 1850 (art. 10), les droits de mutation pour les transmissions de meubles ont été augmentés : ce sont les mêmes que pour les transmissions d'immeubles, c'est-à-dire 1 franc pour 100 (1).

Par conséquent la donation-partage, qui payait avant 1824 un droit proportionnel de 1 fr. 25 pour les meubles, ne paya plus que 0 fr. 25 p. 100 jusqu'en 1850 et 1 fr. p. 100 ensuite. Et les droits qui s'élevaient en définitive pour les immeubles auparavant à 4 fr. (2 fr. 50 p. 100 d'enregistrement et 1 fr. 50 p. 100 de transcription), furent ramenés à 1 fr. p. 100 pour les enfants qui ne font pas transcrire la donation et à 2 fr. 50 p. 100 pour ceux qui accomplissent la formalité de la transcription. Depuis la loi du 23 mars 1855 (art. 3), il fallut toutefois être bien imprudent pour ne pas la requérir.

101. — La loi du 21 juin 1875 réduit les droits de transcription à 0 fr. 50 cent. p. 100 ; mais elle décide qu'ils seront acquittés en même temps que les droits d'enregistrement. La transcription au bureau des hypothèques, si on y a recours ultérieurement, ne donne plus lieu qu'à un droit fixe de 1 franc.

(1) Voici le texte de l'article 10 : « Les transmissions de biens meubles à titre gratuit entre-vifs et celles qui s'effectuent par décès seront assujetties aux diverses quotités de droits établies pour les transmissions d'immeubles de la même espèce. »

Voici le texte de l'article 1 de la loi du 21 juin 1875.
« Le droit sur la transcription des actes de donation contenant partage, fait entre-vifs, conformément aux articles 1075 et 1076 du Code civil, est réduit à cinquante centimes par 100 francs. Ce droit sera perçu lors de l'enregistrement de l'acte de donation, mais la formalité de la transcription au bureau des hypothèques ne donnera plus lieu qu'au droit fixe déterminé par l'article 61 de la loi du 28 avril 1816. »

Actuellement donc les droits fiscaux auxquels sont soumis les partages d'ascendants sont : pour la donation-partage, de 1 p. 100 sur les meubles et de 1 et demi p. 100 sur les immeubles; et pour le testament-partage de 1 p. 100 tant sur les meubles que sur les immeubles.

102. — La loi du 18 mai 1850, a tranché une controverse fort importante qui s'était élevée sur le point de savoir quels étaient les droits de mutation qui devaient être perçus lorsque l'ascendant avait mis dans son partage une soulte à la charge de certains copartagés au profit des autres.

Tout en admettant en théorie la fiction du partage déclaratif proclamée par l'article 883 du Code civil, la législation fiscale, ne suivant pas ce principe aussi loin que le droit civil, fait percevoir sur les biens donnés à l'un des cohéritiers à charge d'une soulte dans le partage d'une succession *ab intestat* un droit d'enregistrement égal à celui fixé pour les ventes, c'est-à-dire 2 0/0 sur les meubles et 4 0/0 sur les immeubles, en plus du simple droit fixe de 5 francs dû par le partage ordinaire fait sans soulte (1).

(1) Art. 68, § 3-2°, loi 22 frim. an VII.

Malgré les réclamations du fisc, la Cour de cassation avait déclaré que cette décision n'était pas applicable au cas d'un partage d'ascendant. Cette solution était conforme à la réalité des choses, car il n'y a pas dans cette hypothèse mutation du créancier de la soulte au débiteur, les descendants recevant directement de l'ascendant tous les objets placés dans leurs lots, soit qu'ils consistent en valeurs héréditaires, soit qu'ils consistent en biens attribués à titre de soulte.

La loi de 1850 a donné tort à la jurisprudence de la Cour suprême, et elle a déclaré dans son article 5 que «... les règles de perception concernant les soultes de partage, seront applicables aux partages entre-vifs ainsi qu'aux partages testamentaires également autorisés par les articles 1075 et 1076 du Code civil (1). »

103. — Les réductions fiscales admises par la loi en faveur des partages d'ascendants étant des dispositions privilégiées doivent être restreintes strictement aux hypothèses que le législateur a eu en vue de favoriser.

Nous avons vu, au commencement de ce traité, quelles conditions étaient nécessaires pour l'existence du partage d'ascendant. Nous n'y reviendrons pas. Contentons-nous de rappeler que la jurisprudence applique la diminution de droits au cas où l'ascendant aurait fait à ses enfants l'abandon de ses biens sans les partager entre eux (2);

(1) Le droit perçu sur les immeubles chargés de soulte est donc de 5 1/2 0/0 puisque le droit ordinaire de transcription de 1 1/2 0/0 doit être ici appliqué, et il est toujours payé en même temps que le droit d'enregistrement.

(2) Cass., 11 avril 1838, Sir., 38, 1, 432; 26 avril 1836, Sir., 36, 1, 499.

et qu'elle la rejette, au contraire, lorsque le père a fait une donation à son enfant unique, lors même qu'il l'aurait qualifiée de partage d'ascendant (1). Elle ne permet pas à la régie de réclamer la quotité des droits fixés pour les donations sous prétexte que l'acte n'est pas fait entre tous les ayants-droit; car, bien que la nullité pour omission soit absolue, on ne peut savoir qu'au décès si l'omission existe (2).

La régie peut-elle réclamer les droits de donation lorsque l'ascendant a fait un partage entre ses petits-enfants, *omisso medio*? La Cour de cassation le lui permet parce que, dit-elle, le partage d'ascendant doit être fait entre les enfants, héritiers présomptifs (3).

La réduction de droits n'est accordée qu'aux dispositions portant partage au profit des descendants du donateur : elle ne profiterait donc pas aux partages faits entre collatéraux ou ascendants. Elle ne saurait être invoquée non plus par les étrangers apportionnés dans un partage d'ascendant, à titre d'institués contractuels par exemple. Le descendant copartagé lui-même n'en jouirait pas relativement aux biens qui lui sont donnés par préciput, car ce n'est pas comme héritier qu'il reçoit ces biens, mais comme donataire.

(1) Cass., 13 août 1838, Sir., 38, 1, 715; Cass., 20 janv. 1840, Sir., 40, 1, 185.

(2) Cass., 15 avril 1850, D. 50, 1, 310.

(3) Cass., 21 juillet 1851, D. 51, 1, 201. Cette décision n'est peut-être pas très-juridique, et est en contradiction avec la précédente.

APPENDICE.

De l'utilité d'une réforme.

Les auteurs sont unanimes à déplorer le peu de fixité du partage d'ascendant. Ils gémissent de voir cette institution destinée dans la pensée du législateur à faire régner la paix au sein des familles devenir le plus souvent, au contraire, une source inépuisable de dissensions intestines et de procès. Si cet état de choses dure encore quelque temps, le résultat est facile à prévoir : c'est la désuétude, l'abolition du partage d'ascendant, car les pères de famille, éclairés par les tristes exemples qu'ils ont chaque jour sous les yeux, n'oseront plus user de la faculté que la loi leur a accordée.

Presque tout le monde s'accorde à demander une réforme.

La plus rapide, la plus complète serait assurément une réforme législative.

Toutefois, il est juste de reconnaître que les obstacles les plus grands à l'efficacité et à la stabilité des partages d'ascendants découlent, comme nous avons pu le voir dans le courant de ce traité, de la jurisprudence de la Cour suprême. Le texte et, suivant nous, l'esprit aussi de la loi, n'exigent pas que le père de famille soit as-

treint, sous peine de nullité, à observer l'égalité en nature, à se conformer aux dispositions des articles 826 et 832; ils n'exigent pas non plus que pour apprécier s'il y a eu lésion dans le partage entre-vifs, l'estimation des biens ne soit faite qu'au décès de l'ascendant; enfin rien, dans sa rédaction, n'autorise à déclarer qu'elle a entendu que la rescision de la donation-partage en tant que partage dût entraîner la chute de la donation elle-même, décision aussi fâcheuse que les deux premières, car elle établit sur des bases chancelantes la propriété des enfants et atteint le crédit public lui-même, en anéantissant toutes les aliénations que les copartagés ont pu consentir, en forçant les descendants renonçants à restituer ce qu'il ont reçu à la succession de leur père sans pouvoir y prétendre à rien, en permettant aux créanciers héréditaires d'exercer leurs droits sur ces biens sortis du patrimoine de l'ascendant.

Nous avons, avec un grand nombre de jurisconsultes, repoussé sur ces trois points la doctrine de la jurisprudence et décidé que l'ascendant n'était nullement tenu d'observer l'égalité en nature dans la composition de ses lots, que l'estimation des biens compris dans le partage entre-vifs devait se faire au moment de la donation, et, qu'en cas de rescision du partage, la donation subsistait et que les biens donnés étaient remis dans la masse à partager suivant les règles du rapport ordinaire.

Un changement dans les arrêts de la Cour suprême, une nouvelle interprétation, plus saine, croyons-nous, de la loi, serait un véritable bienfait pour le partage d'ascendant. Malheureusement elle a l'air bien déterminée à ne pas changer sa jurisprudence. Les Cours d'appel elles-mêmes ont presque toutes, on peut même dire toutes,

soit par conviction, soit plutôt parce qu'elles ont vu l'inutilité de la résistance, adopté les décisions de la Cour de cassation. Un retour n'est pas impossible; mais il est bien improbable.

Aussi est-ce uniquement du côté du pouvoir législatif qu'un grand nombre de juristes et d'économistes tournent leurs regards suppliants. C'est à lui qu'ils demandent de mettre enfin un terme à la maladie qui ronge et menace de tuer le partage d'ascendant. Ils ne proposent pas, toutefois, tous le même remède.

Quelques-uns, assez rares, il est vrai, voudraient l'abolition de cette institution elle-même. Le remède serait, nous en convenons, radical : il supprimerait le mal en supprimant le malade. Non, le malade peut rendre de grands services; il ne faut pas le supprimer, mais le guérir. Le droit de partager ses biens est nécessaire à l'autorité paternelle; il est, d'ailleurs, souvent très-utile aux enfants eux-mêmes. C'est la volonté intelligente et bienveillante du père, au lieu du caprice inconscient du sort, qui désigne son lot à chaque enfant. Il touche, d'ailleurs, au crédit public et à l'intérêt social en permettant d'éviter, autant que possible, les morcellements si funestes, et en conservant au foyer de la famille celui qui est le plus digne et le plus capable d'en soutenir le nom, d'en conserver les traditions.

D'autres, pour tarir complètement la source des procès qui discréditent et rendent assez souvent inutile, sinon dangereux, le partage d'ascendant, pensent que le meilleur moyen serait de considérer ce pacte de famille comme un contrat synallagmatique, soumis, par conséquent, aux règles du droit commun, et de ne permettre aux enfants qui l'auraient accepté de l'attaquer qu'à rai-

son d'une des causes de nullité ouvertes en général contre les contrats. Il n'y aurait donc plus d'action pour atteinte à la réserve, ni pour lésion de plus du quart. On suppléerait au consentement du mineur par l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.

Ce système aurait l'avantage d'être très-simple et favorable à l'agriculture et à l'industrie, en assurant la fixité de la propriété. Mais il sacrifierait l'intérêt des enfants et serait en opposition avec les dispositions du Code civil sur la nature de la réserve et du partage. Comment, en effet, permettre en face des articles 920 et 887, qui portent que l'on pourra demander la réduction de la donation excédant le disponible et la rescision du partage lésif, comment permettre à l'ascendant de ne respecter ni le droit à la réserve, ni le droit à l'égalité de ses descendants? Mais, dira-t-on, les articles 920 et 887 n'ont été édictés que pour subvenir aux intérêts des enfants et des copartagés; et par leur acceptation du partage de l'ascendant, ils montrent clairement qu'ils renoncent à les invoquer, que leur intérêt n'a pas été sacrifié. Non, leur acceptation ne prouve rien. Elle a pu leur être arrachée par la crainte d'un préjudice plus considérable ou par les nécessités de leur position. L'enfant commerçant avait peut-être besoin immédiatement d'un capital pour éviter la faillite qui le menaçait ou pour l'exécution d'une entreprise d'où dépend peut-être sa fortune à venir. Que ne ferait pas la fille que son père refuse de doter pour avoir toute suite une partie de sa fortune, le nerf du mariage, et se débarrasser du spectre peu rassurant du célibat forcé et perpétuel? Et l'enfant respectueux, à l'excès peut-être, n'osera pas affliger, par un refus, son père fatigué ou malade, ou, connaissant son caractère, s'ex-

poser à un ressentiment qui pourrait avoir pour conséquence un avantage encore plus considérable du fils préféré, au moyen d'actes secrets et faciles à dissimuler.

Il faut aller franchement, d'après les autres : le mal est dans la limitation de la liberté de disposer, dans l'obligation de respecter la réserve légale des enfants. Supprimer celle-ci serait enlever aux enfants tout droit de se plaindre, rendre désormais stable le partage d'ascendant, ou, pour mieux dire les dispositions du père de famille, car ce ne serait plus un véritable partage. Nous ne voulons pas discuter ici l'importante et intéressante question de savoir s'il est nécessaire, s'il est utile d'accorder au père de famille la liberté illimitée de disposer; s'il est préférable de restreindre sa liberté au taux du Code civil; ou si le meilleur régime n'est pas dans l'adoption d'un moyen terme, dans un juste milieu.

D'excellents esprits ont pensé que l'abrogation de toute réserve légale était une mesure rendue désormais indispensable par les développements prodigieux qu'ont pris de nos jours le commerce et l'industrie, par la nécessité d'éviter les morcellements des grandes exploitations agricoles ou le partage ruineux des quelques arpents du petit propriétaire, et de fortifier l'autorité paternelle dont on a à déplorer de plus en plus la décadence ⁽¹⁾. Ce serait, ajoutent-ils, le moyen de refaire ces vieilles familles commerçantes dont le renom de pro-

(1) Le Play, *Réforme sociale*, I, p. 355. Proposition de M. de Veauce et d'un assez grand nombre de ses collègues de tous les partis politiques au Corps législatif (*Moniteur* du 6 avril 1865).

bité faisait la plus grande richesse, le moyen de pousser les enfants au travail, de garder intact le foyer de la famille, de créer et de conserver ces familles-souches, les meilleurs défenseurs de l'État.

Les partisans de la réserve légale prétendent que son abrogation ferait des déshérités, hommes dangereux. En Angleterre ⁽¹⁾ et en Amérique où existe la liberté illimitée de tester, ce danger n'est pas à craindre; l'Anglais et l'Américain sont travailleurs et entreprenants : les divers emplois de l'État, les nombreuses branches de l'industrie, les colonies offrent au premier un débouché qui ne sera jamais comblé; l'immensité des terrains non cultivés offre à l'activité de l'autre un champ toujours ouvert et fécond en riches productions. D'ailleurs la liberté de tester n'a pas rendu en Amérique le commerce honnête, l'autorité paternelle respectée et la famille stable. Nos mœurs, ajoute-t-on, y répugnent; on use très-peu déjà de la faculté de disposer de ses biens dans les limites permises par la loi. (Cet argument qui peut se trouver vrai pour le nord de la France n'est pas exact pour les provinces méridionales.) Dans notre ancien droit coutumier la liberté était bien limitée.

La véritable solution de ce problème est entre les deux extrêmes, a-t-on dit. On pourrait augmenter la quotité disponible, la fixer, par exemple, pour tous les cas à la moitié de la fortune du père de famille : c'était la disposition de la coutume de Paris. Mais il ne faudrait pas l'abolir, car, si le père a des droits, il a aussi des de-

(1) La forte constitution de la famille anglaise doit plutôt être attribuée aux substitutions et au droit d'aînesse.

voirs; et l'institution de la légitime a justement pour but d'établir un équilibre entre le droit de propriété et les devoirs de famille. En tous cas il faudrait, pour donner une plus grande sanction à l'autorité paternelle, créer un certain nombre de cas d'exhérédation.

Voilà la question d'abrogation de la réserve légale telle qu'elle se pose. C'est une question assez vaste et qui n'est pas spéciale à notre sujet. Son abrogation aurait pour résultat, comme nous l'avons dit déjà, de valider toujours les dispositions de l'ascendant. Il n'est pas probable que la loi la sanctionne, d'ici quelque temps du moins. Il ne faut pas attendre qu'elle soit portée à la tribune du Parlement pour s'occuper du partage d'ascendant : on risquerait d'attendre trop longtemps.

Il faudrait présenter un projet de loi, spécial aux partages d'ascendants, ayant pour but de les délivrer des entraves que la jurisprudence y a apportées. Sans doute, il se trouverait encore des hypothèses où la rescision pourrait les atteindre, mais elles seraient bien diminuées. Et ce projet aurait grande chance d'être voté : on ne pourrait pas en faire une question politique : les jurisconsultes de toute opinion admettent la nécessité d'une réforme. On est, du reste, entré déjà dans cette voie.

L'enquête agricole faite dans les dernières années de l'Empire a constaté partout les funestes résultats de notre législation actuelle sur cette matière. Touché des plaintes unanimes des populations, le comité supérieur de l'enquête crut devoir réclamer sur ce point l'intervention du pouvoir législatif.

Le 17 mai 1871 un projet de loi, portant modification aux articles 832 et 1079 du Code civil, fut déposé à l'Assemblée nationale par MM. Mortimer-Ternaux, Lucien

Brun et Baragnon. Il était la reproduction presque textuelle des vœux émis dans l'enquête agricole ⁽¹⁾.

« Les plaintes les plus vives, disait l'exposé des motifs, s'élèvent depuis longtemps contre le morcellement de la propriété rurale. C'est à l'application exagérée du principe posé par l'article 832 que l'on doit en grande partie ce résultat. D'un autre côté, la richesse mobilière s'est considérablement accrue depuis trente ans, elle entre aujourd'hui pour une part considérable dans beaucoup de successions.

» Comment faire aujourd'hui des lots égaux et de même nature, lorsqu'un fond de commerce, des parts dans les entreprises industrielles ou telle autre valeur mobilière indivisible doivent être nécessairement abandonnées en totalité à l'un des copartageants, si l'on veut ne pas voir périlcliter ce fond de commerce ou ces entreprises industrielles.

» Il en est de même de certaines exploitations agricoles fondées sur un système régulier d'assolement ou qui demandent pour être améliorées des travaux d'ensemble qui ne peuvent être entrepris et menés à bonne fin que si un même propriétaire est appelé à en recueillir les fruits....

» D'après la loi actuelle et la jurisprudence le délai accordé à tout héritier pour se plaindre d'une lésion de plus d'un quart ou d'un lotissement accordant à l'un des cohéritiers un avantage plus grand que la loi ne le permet, est de trente ans, s'il s'agit d'une disposition testamentaire, et de dix ans s'il s'agit d'une donation entre-vifs. Tous les jurisconsultes sont d'accord pour reconnaître

(1) *Journal officiel*, 1^{er} juin 1871.

que ces délais sont beaucoup trop longs et qu'il en résulte pour les propriétés immobilières une incertitude qui nuit singulièrement aux améliorations que l'on pourrait entreprendre.

» D'après la jurisprudence les biens dont on demande le partage à nouveau doivent être estimés, non d'après leur valeur au moment du partage fait par le père de famille, mais d'après leur valeur au moment du décès dudit père de famille. Souvent un intervalle de quinze à vingt ans sépare ces deux époques; pendant ce temps que de changements ont pu être apportés à la propriété par une foule d'événements imprévus; que de germes de contestations renferment ces partages anticipés qui cependant dans les familles industrielles ou agricoles, doivent être favorisés autant que possible. Combien peu est encouragé à tenter des améliorations importantes un cultivateur que sait d'avance que ces améliorations se tourneront contre lui, et qu'il sera obligé de rapporter, dans la masse des biens laissés par le père de famille, le champ qu'il a fécondé de ses sueurs! »

Aussi concluait-il à la suppression du droit des cohéritiers à l'égalité en nature, à l'estimation des biens donnés suivant leur valeur à l'époque de la donation pour juger s'il y avait eu lésion dans le partage fait par acte entre-vifs, et enfin, à la prescription de l'action en rescision par l'expiration de deux années à compter du décès de l'ascendant.

C'était à peu près le projet de loi que trois ans auparavant M. Réquier avait formulé dans son remarquable traité des partages d'ascendants (1).

(1) P. 461.

Il n'eut pas le sort qu'il méritait. Des préoccupations étrangères en empêchèrent la discussion.

Ses décisions sont excellentes.

La modification des articles 826 et 832, la suppression du droit à l'égalité en nature, rendrait surtout d'immenses services et serait bien plus utile encore aux petites fortunes qu'aux grandes ⁽¹⁾. Le sol est un peu comme le diamant; il perd en se fractionnant une portion de sa valeur intrinsèque.

L'estimation des biens compris dans le partage entre-vifs au moment de la donation permettrait à l'ascendant de faire en toute sécurité le partage de ses biens. Il n'aurait plus à redouter les changements imprévus qui pourraient subvenir dans leur valeur avant l'époque de son décès. Valable *ab initio*, il continuerait de l'être toujours. Et il est bien rare qu'un ascendant introduise sciemment dans son partage des inégalités capables d'en entraîner la rescision.

Ces deux modifications sont sollicitées non-seulement par le désir de donner plus de stabilité aux partages d'ascendants, mais aussi par l'équité et la justice elles-mêmes. Elles mettront un terme aux manœuvres immorales, malheureusement trop fréquentes, de l'enfant qui a été apportionné en capitaux. Car, loin d'être placé dans une position désavantageuse, comme on l'a dit souvent, il se trouve être dans une situation privilégiée, qu'il est impossible de conserver. Si les biens placés dans le lot de ses frères diminuent de valeur, il ne dit rien. Mais si leurs terres viennent, au contraire, à augmenter dans des proportions assez considérables, oh!

(1) Réquier, *Introduction*.

alors il attaque immédiatement le partage, soit pour violation des articles 826 et 832, soit pour cause de lésion de plus du quart. Cependant, il a pu acquérir avec le capital qu'il a reçu des immeubles dont la valeur a peut-être augmenté aussi dans les mêmes proportions, il a pu solliciter lui-même son apportionnement en capitaux; et on ne tiendra aucun compte de sa demande, aucun compte du bénéfice qu'il a réalisé.

La troisième modification, la courte prescription de l'action en rescision, est aussi nécessaire pour assurer la tranquillité des familles, pour permettre aux enfants de jouir en paix et en toute sécurité des biens qui composent leurs lots. Cette restriction de la durée de l'action en rescision serait en harmonie avec l'article 1672 qui réduit à deux ans la durée de l'action en rescision pour lésion en cas de vente. Elle ne s'appliquerait pas évidemment à l'action de l'article 1078, car ce n'est pas une action en nullité, mais une demande en nouveau partage, une véritable pétition d'hérédité qui ne se prescrit que par trente ans.

A ces trois dispositions fondamentales du projet de loi de 1871, il serait nécessaire d'en ajouter une quatrième : la subsistance de la donation à la rescision du partage entre-vifs, et, par conséquent, l'application dans cette hypothèse des règles ordinaires du rapport des donations en avancement d'hoirie. La proposition de loi de M. Réquier contient cette disposition.

Ce sont les réformes les plus importantes, les réformes indispensables.

Si l'on remaniait dans son entier le chapitre qui s'occupe du partage d'ascendant, on pourrait peut-être, pour rassurer ceux qui craignent que l'ascendant n'use

de cette faculté pour déguiser et valider une atteinte à la réserve de l'un de ses descendants, décider avec l'article 1048 du Code civil italien, que l'enfant lésé dans sa légitime a toujours le droit de se plaindre. Toutefois, cette disposition pourrait rendre bien difficile le partage à l'ascendant qui aurait disposé par préciput de sa quotité disponible.

Il serait utile de proclamer que la seconde action de l'article 1079 n'est qu'une action en réduction, et qu'elle ne saurait avoir pour résultat l'anéantissement du partage tout entier. La jurisprudence donne déjà cette décision, mais nous avons déclaré qu'il nous semblait impossible de nous y rallier en présence du texte de la loi. Et cette disposition serait complétée avec avantage par l'extension à cette hypothèse de la faculté que la loi accorde dans l'article 891 au défendeur à l'action en rescision. L'application de cet article soulèverait d'autant moins de difficulté, que les enfants n'auraient plus aucun droit à l'égalité en nature.

Quelques jurisconsultes désireraient que la loi assurât au père de famille, qui se serait dépouillé de son vivant de tous ses biens, une rente viagère garantie par hypothèque pour le mettre à l'abri de l'ingratitude de ceux auxquels il a tout donné.

D'autres, enfin, regrettent la prohibition du partage testamentaire conjonctif, prohibition qui met le père et la mère mariés sous le régime de communauté dans l'impossibilité de ne faire qu'un seul partage de leurs biens communs. On pourrait sans inconvénient leur donner satisfaction.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Le pacte *de non petendo* fait par l'un des *correi-credendi* ne nuit pas aux autres.

II. Le *contrarius consensus* opère *ipso jure*. Ulpien commet une erreur dans la L. 7, § 6, en semblant n'y voir qu'un double pacte *de non petendo*.

III. Un simple pacte suffit pour faire naître une obligation naturelle.

IV. Il éteint aussi *ipso jure* l'obligation naturelle.

V. L'un des *correi-credendi* peut éteindre la créance par une novation.

VI. La novation conditionnelle *inter easdem personas* procure l'exception *pacti* au débiteur en cas de défaillance de la condition.

VII. C'était à Rome une question controversée que celle de savoir si le pacte de rétablissement de l'obligation consenti par le débiteur principal qui avait

obtenu auparavant un pacte *de non petendo* enlevait au débiteur accessoire le bénéfice du premier pacte. La négative était plus conforme aux principes.

DROIT FRANÇAIS.

DROIT CIVIL.

I. Le mineur, qui peut faire un testament lorsqu'il a plus de 16 ans, ne peut comprendre dans son partage testamentaire que la moitié de ses biens.

II. L'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle peut valablement être apportionné dans un partage testamentaire.

III. Le descendant alloti dans un partage entre-vifs n'est pas tenu de plein droit des dettes de l'ascendant, du vivant de celui-ci.

IV. L'ascendant n'est pas obligé d'observer dans ses dispositions l'égalité en nature.

V. La donation-partage ne constitue du vivant de l'ascendant qu'un partage conditionnel.

VI. La lésion doit s'apprécier d'après la valeur des biens au moment de la donation.

VII. L'action établie par le § 2 de l'article 1079 est une action en rescision.

VIII. Si la révocation de la donation a été prononcée contre l'un des descendants compris dans le partage entre-vifs, les autres descendants ont le choix de demander un nouveau partage à la mort de l'ascendant ou de conserver leurs lots en restituant sa part à l'enfant qui a encouru la révocation.

IX. La rescision de la donation-partage en tant que partage n'anéantit pas la donation.

X. L'ascendant peut par une clause pénale réduire à sa réserve l'enfant qui attaquerait son partage, lors du moins que celui-ci n'est pas entaché d'une nullité d'ordre public.

XI. Le partage ne peut jamais être attaqué du vivant de l'ascendant.

DROIT CRIMINEL.

I. En cas de crime l'action civile ne peut plus être intentée devant les tribunaux civils quand l'action publique est prescrite.

II. La tentative d'avortement, qui n'est jamais punissable sur la femme, ne l'est pas non plus sur les médecins ou autres personnes qui ont essayé de lui procurer l'avortement.

DROIT INTERNATIONAL.

I. La notification diplomatique du blocus aux nations neutres n'est pas suffisante pour justifier la capture du

navire qui tenterait de le forcer : il faut en plus une notification spéciale au navire.

II. Le blocus n'est obligatoire que s'il est effectif, c'est-à-dire si les forces du belligérant sont assez considérables pour empêcher de le forcer sans danger imminent.

III. Le gouvernement d'un État n'est pas responsable des dommages causés aux étrangers par les insurgés dans les troubles politiques.

Vu par le Président de la thèse,

ALBERT DESJARDINS.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

	Pages.
PRÉLIMINAIRES. — Des pactes en général.....	3
CHAPITRE PREMIER. — Division des pactes <i>de non petendo</i>	7
§ 1. Pactes <i>in rem</i> ou <i>in personam</i>	7
§ 2. Pactes <i>de non petendo</i> exprès ou tacites.....	9
§ 3. Pactes <i>de non petendo</i> définitifs ou <i>ad tempus</i>	15
§ 4. Pactes <i>de non petendo</i> à titre onéreux ou à titre gratuit.	16
CHAPITRE II. — Par qui et à qui peut être consenti le pacte <i>de non petendo</i>	22
§ 1. Pacte <i>de non petendo</i> conclu entre le créancier et le débiteur.....	22
§ 2. Pacte <i>de non petendo</i> conclu par une personne <i>alieni juris</i>	26
§ 3. Pacte <i>de non petendo</i> conclu par un mandataire du créancier ou du débiteur.....	34
§ 4. Pacte <i>de non petendo</i> conclu par un tiers.....	36
CHAPITRE III. — Des effets du pacte <i>de non petendo</i>	38
§ 1. Qui peut invoquer l'exception ?.....	40
§ 2. A qui peut-on opposer l'exception ?.....	56
CHAPITRE IV. — Du pacte <i>de non petendo</i> imposé à la minorité par la majorité des créanciers d'un même débiteur.....	64
CHAPITRE V. — Cas où le pacte <i>de non petendo</i> opère <i>ipso jure</i> .	70
CHAPITRE VI. — Comparaison du pacte <i>de non petendo</i> avec l'acceptilation.....	82
§ 1. Différences dans les formes.....	83
§ 2. Différences au point de vue de la capacité.....	85
§ 3. Différences dans les effets.....	86

DROIT FRANÇAIS.

PRÉLIMINAIRES HISTORIQUES.....	97
CHAPITRE PREMIER. — Droit romain.....	99

	Pages.
CHAPITRE II. — Ancien droit français.....	115
<i>Section I.</i> — Partage d'ascendant.....	115
<i>Section II.</i> — Démission de biens.....	129
CHAPITRE III. — Droit intermédiaire.....	144
CHAPITRE IV. — Législation actuelle.....	146

Des partages d'ascendants dans le Code civil.

CHAPITRE PREMIER. — Nature et caractère du partage d'ascendant.....	149
CHAPITRE II. — Conditions de validité des partages d'ascendants.....	167
<i>Section I.</i> — Formes des partages d'ascendants.....	167
<i>Section II.</i> — Modalités.....	177
<i>Section III.</i> — Capacité pour faire un partage d'ascendant...	185
<i>Section IV.</i> — Capacité nécessaire pour y être compris.....	188
<i>Section V.</i> — Des biens qui peuvent être compris dans un partage d'ascendant.....	194
CHAPITRE III. — Effets du partage d'ascendant.....	216
<i>Section I.</i> — Effets du partage testamentaire.....	216
<i>Section II.</i> — Effets du partage entre-vifs.....	236
§ 1. Effets du partage entre-vifs pendant la vie de l'ascendant.....	247
§ 2. Effets du partage entre-vifs à la mort de l'ascendant.....	267
CHAPITRE IV. — Des nullités du partage d'ascendant.....	277
<i>Section I.</i> — Causes de nullité et de rescision du partage d'ascendant.....	277
§ 1. Nullité pour omission d'un descendant.....	279
§ 2. Rescision pour lésion de plus du quart.....	285
§ 3. Nullité pour atteinte à la réserve dans le cas de l'article 1079 <i>in fine</i>	303
§ 4. L'inobservation des articles 826 et 832 entraîne-t-elle la nullité du partage d'ascendant?.....	316
<i>Section II.</i> — Ouverture, durée, prescription des actions en nullité ou en rescision du partage d'ascendant....	327
<i>Section III.</i> — Effets de la nullité ou rescision du partage d'ascendant.....	347
CHAPITRE V. — Législation fiscale des partages d'ascendants..	360
APPENDICE. — De l'utilité d'une réforme.....	367

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION
